المغني

على مختصر الخرقي

تأليف

أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي

المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

ضبطه وصححه

عبد السلام محمد علي شاهين

الجزء السابع

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le
هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٨١٥٥٧٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٦٠٢١٣٣
فاكس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢/٠٠ - ٦٠٢١٣٣/٩٦١١/٠٠

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوليمة

الوليمة اسم للطعام في العرس خاصة لا يقع هذا الاسم على غيره، كذلك حكاه ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة، وقال بعض الفقهاء من أصحابنا وغيرهم إن الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث إلا أن استعمالها في طعام العرس أكثر وقول أهل اللغة أقوى لأنهم أهل اللسان، وهم أعرف بموضوعات اللغة وأعلم بلسان العرب، والعذيرة اسم لدعوة الختان، وتسمى الأعذار، والخرس والخرسة عند الولادة والوكيرة دعوة البناء. يقال وكّر وخَرَّس مشدد، والنقيعة عند قدوم الغائب يقال نقع مخفف. والعقيقة الذبح لأجل الولد. قال الشاعر:

كل الطعام تشتهي ربيعه　　الخرس والاعذار والنقيعه

والحذاق: الطعام عند حذاق الصبي، والمأدبة اسم لكل دعوة لسبب كانت أو لغير سبب، والآدب صاحب المأدبة. قال الشاعر:

نحن في المشتاة ندعو الجفلى　　لا يرى الآدب منا ينتقر

والجفلى في الدعوة أن يعم الناس بدعوته والنقرى هو أن يخص قوماً ما دون قوم.

مسألة: قال: (ويستحب لمن تزوج أن يولم ولو بشاة)

لا خلاف بين أهل العلم في أن الوليمة سنة في العرس مشروعة. لما روي أن النبي ﷺ «أمر بها وفعلها» فقال لعبد الرحمن بن عوف حين قال تزوجت: «أولم ولو بشاة» وقال أنس: «ما أولم رسول الله ﷺ على امرأة من نسائه ما أولم على زينب، جعل يبعثني فأدعو له الناس، فأطعمهم خبزاً ولحماً حتى شبعوا» وقال أنس: «إن رسول الله ﷺ اصطفى صفية لنفسه فخرج بها حتى بلغ ثنية الصهباء، فبنى بها، ثم صنع حيساً في نطع صغير ثم قال: ائذن لمن حولك، فكانت وليمة رسول الله ﷺ على صفية، متفق عليهن، ويستحب أن يولم بشاة إن أمكنه ذلك لقول رسول

الله ﷺ لعبد الرحمن: «أولم ولو بشاة» وقال أنس: «ما أولم النبيّ ﷺ على شيء من نسائه ما أولم على زينب. أولم بشاة» لفظ البخاري. فإن أولم بغير هذا جاز فقد أولم النبيّ ﷺ على صفية بحيس، وأولم على بعض نسائه بمدين من شعير، رواه البخاري.

فصل: وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم، وقال بعض أصحاب الشافعي هي واجبة لأن النبيّ ﷺ أمر بها عبد الرحمن بن عوف ولأن الإجابة إليها واجبة فكانت واجبة.

ولنا: إنها طعام لسرور حادث. فأشبه سائر الأطعمة. والخبر محمول على الاستحباب بدليل ما ذكرناه وكونه أمر بشاة ولا خلاف في أنها لا تجب، وما ذكروه من المعنى لا أصل له، ثم هو باطل بالسلام ليس بواجب وإجابة المسلم واجبة.

مسألة: قال: (وعلى من دعي أن يجيب)

قال ابن عبد البر: لا خلاف في وجوب الإجابة إلى الوليمة لمن دعي إليها إذا لم يكن فيها لهو. وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأبو حنيفة وأصحابه، ومن أصحاب الشافعي من قال: هي من فروض الكفايات لأن الإجابة إكرام وموالاة فهي كرد السلام.

ولنا: ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «إذا دعي أحدكم إلى الوليمة فليأتها» وفي لفظ قال: قال رسول الله ﷺ: «أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم إليها» وقال أبو هريرة: شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الأغنياء ويترك الفقراء ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله» رواهن البخاري، وهذا عام، ومعنى قوله: «شر الطعام طعام الوليمة» والله أعلم أي طعام الوليمة التي يدعي إليها الأغنياء ويترك الفقراء ولم يرد أن كل وليمة طعامها شر الطعام فإنه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا ندب إليها ولا أمر بالإجابة إليها ولا فعلها، ولأن الإجابة تجب بالدعوة فكل من دعي فقد وجبت عليه الإجابة.

فصل: وإنما تجب الإجابة على من عين بالدعوة بأن يدعو رجلاً بعينه أو جماعة معينين. فإن دعا الجفلى بأن يقول يا أيها الناس أجيبوا إلى الوليمة أو يقول الرسول: أمرت أن أدعو كل من لقيت أو من شئت لم تجب الإجابة ولم تستحب لأنه لم يعين بالدعوة فلم تتعين عليه الإجابة ولأنه غير منصوص عليه ولا يحصل كسر قلب الداعي بترك إجابته، وتجوز الإجابة بهذا لدخوله في عموم الدعاء.

فصل: وإذا صنعت الوليمة أكثر من يوم جاز. فقد روى الخلال بإسناده عن أبيّ «أنه أعرس ودعا الأنصار ثمانية أيام» وإذا دعي في اليوم الأول وجبت الإجابة وفي اليوم الثاني تستحب الإجابة وفي اليوم الثالث لا تستحب، قال أحمد: الأول يجب والثاني إن أحب والثالث فلا، وهكذا مذهب الشافعي. وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الوليمة أول يوم حق والثاني

معروف والثالث رياء وسمعة» رواه أبو داود وابن ماجة وغيرهما وقاله سعيد بن المسيب أيضاً. ودعي سعيد إلى الوليمة مرتين فأجاب فدعي الثالثة فحصب الرسول، رواه أبو داود والخلال.

فصل: والدعاء إلى الوليمة إذن في الدخول والأكل بدليل ما روى أبو هريرة عن النبيّ ﷺ أنه قال: «إذا دعي أحدكم فجاء مع الرسول فذلك إذن له» رواه أبو داود، وقال عبد الله بن مسعود: «إذا دعيت فقد أذن لك» رواه الإمام أحمد بإسناده.

فصل: فإن دعاه ذمي فقال أصحابنا لا تجب إجابته لأن الإجابة للمسلم للإكرام والموالاة وتأكيد المودة والإخاء فلا تجب على المسلم للذمي ولأنه لا يأمن اختلاط طعامهم بالحرام والنجاسة ولكن تجوز إجابتهم لما روى أنس: «أن يهودياً دعا النبيّ ﷺ إلى خبز شعير وإهالة سنخة فأجابه» ذكره الإمام أحمد في الزهد.

فصل: فإن دعاه رجلان ولم يمكن الجمع بينهما وسبق أحدهما أجاب السابق لأن إجابته وجبت حين دعاه فلم يزل الوجوب بدعاء الثاني ولم تجب إجابة الثاني لأنها غير ممكنة مع إجابة الأول، فإن استويا أجاب أقربهما منه باباً لما روى أبو داود بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا اجتمع داعيان فأجب أقربهما باباً فإن أقربهما باباً أقربهما جواراً فإن سبق أحدهما فأجب الذي سبق» وروى البخاري بإسناده عن عائشة قالت: «قلت يا رسول الله إن لي جارين فإلى أيهما أهدي؟ قال: أقربهما منك باباً» ولأن هذا من أبواب البر فقدم بهذه المعاني فإن استويا أجاب أقربهما رحماً لما فيه من صلة الرحم فإن استويا أجاب أدينهما فإن استويا أقرع بينهما لأن القرعة تعين المستحق عند استواء الحقوق.

مسألة: قال: (فإن لم يجب أن يطعم دعا وانصرف)

وجملة ذلك: أن الواجب الإجابة إلى الدعوة لأنها الذي أمر به وتوعد على تركه، أما الأكل فغير واجب صائماً كان أو مفطراً، نص عليه أحمد لكن إن كان المدعو صائماً صوماً واجباً أجاب ولم يفطر لأن الفطر غير جائز فإن الصوم واجب والأكل غير واجب، وقد روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا دعي أحدكم فليجب، فإن كان صائماً فليدع، وإن كان مفطراً فليطعم» رواه أبو داود وفي رواية «فليصل» يعني يدعو، ودعي ابن عمر إلى وليمة فحضر ومد يده وقال: بسم الله ثم قبض يده وقال: كلوا فإني صائم» وإن كان صوماً تطوعاً استحب له الأكل لأن له الخروج من الصوم فإذا كان في الأكل إجابة أخيه المسلم وإدخال السرور على قلبه كان أولى وقد روي: «أن النبيّ ﷺ كان في دعوة ومعه جماعة فاعتزل رجل من القوم ناحية فقال إني صائم فقال النبي ﷺ: دعاكم أخوكم وتكلف لكم، كل ثم صم يوماً مكانه إن شئت» وإن أحب إتمام الصيام جاز، لما روينا من الخبر المتقدم ولكن يدعو لهم ويبارك ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره فتزول عنه التهمة في ترك الأكل. وقد روى أبو حفص بإسناده عن عثمان بن عفان رضي الله عنه: «أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم فقال إني صائم ولكنني أحببت أن أجيب الداعي فأدعو بالبركة» وعن عبد الله قال: «إذا عرض على أحدكم الطعام وهو

صائم فليقل إني صائم» وإن كان مفطراً فالأولى له الأكل لأنه أبلغ في إكرام الداعي وجبر قلبه ولا يجب عليه ذلك. وقال أصحاب الشافعي فيه وجه آخر: أنه يلزمه الأكل لقول النبي ﷺ: «وإن كان مفطراً فليطعم» ولأن المقصود منه الأكل فكان واجباً.

ولنا: قول النبي ﷺ: «إذا دعي أحدكم فليجب فإن شاء أكل وإن شاء ترك» حديث صحيح، ولأنه لو وجب الأكل لوجب على المتطوع بالصوم فلما لم يلزمه الأكل لم يلزمه إذا كان مفطراً وقولهم المقصود الأكل قلنا بل المقصود الإجابة ولذلك وجبت على الصائم الذي لا يأكل.

فصل: إذا دعي إلى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر العود ونحوه وأمكنه الإنكار وإزالة المنكر لزمه الحضور والإنكار. لأنه يؤدي فرضين: إجابة أخيه المسلم، وإزالة المنكر. وإن لم يقدر على الإنكار لم يحضر. إن لم يعلم بالمنكر حتى حضر أزاله، فإن لم يقدر انصرف ونحو هذا قال الشافعي وقال مالك: أما اللهو الخفيف، كالدف والكبر فلا يرجع وقاله ابن القاسم، وقال أصبغ: أرى أن يرجع. وقال أبو حنيفة: إذا وجد اللعب فلا بأس أن يقعد فيأكل. وقال محمد بن الحسن: إن كان ممن يقتدى به فأحب إليّ أن يخرج، وقال الليث: إذا كان فيها الضرب بالعود فلا ينبغي له أن يشهدها. والأصل في هذا ما روى سفينة: أن رجلاً أضافه عليّ، فصنع له طعاماً فقالت فاطمة: لو دعونا رسول الله ﷺ فأكل معنا؟ فدعوه فجاء فوضع يده على عضادتي الباب فرأى قراماً في ناحية البيت فرجع. فقالت فاطمة لعليّ: الحقه فقل له: ما أرجعك يا رسول الله؟ فقال: إنه ليس لي أن أدخل بيتاً مزوقاً. حديث حسن. وروى أبو حفص بإسناده أن النبي ﷺ قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر» وعن نافع قال: «كنت أسير مع عبد الله بن عمر، فسمع زمارة راع فوضع أصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق، فلم يزل يقول: يا نافع، أتسمع؟ حتى قلت: لا. فأخرج صبعيه من أذنيه، ثم رجع إلى الطريق ثم قال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ صنع» رواه أبو داود والخلال. ولأنه يشاهد المنكر ويسمعه من غير حاجة إلى ذلك فمنع منه كما لو قدر على إزالته. ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر حيث يباح له المقام، فإن تلك حال حاجة لما في الخروج من المنزل من الضرر.

فصل: فإن رأى نقوشاً وصور شجر ونحوها فلا بأس بذلك. لأن تلك نقوش فهي كالعلم في الثوب، وإن كانت فيه صور حيوان في موضع يوطأ أو يتكأ عليها كالتي في البسط والوسائد جاز أيضاً، وإن كانت على الستور والحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رؤوسها فعل وجلس وإن لم يمكن ذلك انصرف ولم يجلس وعلى هذا أكثر أهل العلم، قال ابن عبد البر: هذا أعدل المذاهب. وحكاه عن سعد بن أبي وقاص وسالم وعروة وابن سيرين وعطاء وعكرمة بن خالد وعكرمة مولى ابن عباس وسعيد بن جبير، وهو مذهب الشافعي وكان أبو هريرة يكره التصاوير ما نصب منها وما بسط، وكذلك مالك، إلا أنه كان يكرهها تنزهاً ولا

يراها محرمة، ولعلهم يذهبون إلى عموم قول النبي ﷺ: «إن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه صورة» متفق عليه. وروي عن ابن مسعود: «أنه دعي إلى طعام، فلما قيل له إن في البيت صورة، أبى أن يذهب حتى كسرت».

ولنا: ما روت عائشة قالت: «قدم النبي ﷺ من سفر وقد سترت لي سهوة بنمط فيه تصاوير، فلما رآه قال: أتسترين الخدر بستر فيه تصاوير؟ فهتكه، قالت: فجعلت منه منتبذتين، كأني أنظر إلى رسول الله ﷺ متكئاً على أحدهما» رواه ابن عبد البر. ولأنها إذا كانت تداس وتبتذل لم تكن معززة ولا معظمة فلا تشبه الأصنام التي تعبد وتتخذ آلهة فلا تكرم، وما رويناه أخص مما رووه وقد روي عن أبي طلحة أنه قيل له: «ألم يقل النبي ﷺ لا تدخل الملائكة بيتاً فيه صورة ولا كلب؟ قال: ألم تسمعه قال: إلا رقماً في ثوب؟» متفق عليه. وهو محمول على ما ذكرناه من أن المباح ما كان مبسوطاً والمكروه منه ما كان معلقاً بدليل حديث عائشة.

فصل: فإن قطع رأس الصورة ذهبت الكراهة قال ابن عباس: «الصورة الرأس، فإذا قطع الرأس فليس بصورة» وحكي ذلك عن عكرمة. وقد روي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أتاني جبريل فقال: أتيتك البارحة فلم يمنعني أن أكون دخلت إلا أنه كان على الباب تماثيل. وكان في البيت ستر فيه تماثيل وكان في البيت كلب فمر برأس التمثال الذي على الباب فيقطع فيصير كهيئة الشجر ومر بالستر فلتقطع منه وسادتان منبوذتان توطآن ومر بالكلب فليخرج. ففعل رسول الله ﷺ» وإن قطع منه ما لا يبقى الحيوان بعد ذهابه كصدره أو بطنه أو جعل له رأساً منفصلاً عن بدنه لم يدخل تحت النهي لأن الصورة لا تبقى بعد ذهابه فهو كقطع الرأس؛ وإن كان الذاهب يبقي الحيوان بعده كالعين واليد والرجل، فهو صورة داخلة تحت النهي، وكذلك إذا كان في ابتداء التصويرة صورة بدن بلا رأس أو رأس بلا بدن أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان لم يدخل في النهي. لأن ذلك ليس بصورة حيوان.

فصل: وصنعة التصاوير محرمة على فاعلها، لما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «الذين يصنعون هذه الصورة يعذبون يوم القيامة، يقال لهم: أحيوا ما خلقتم» وعن مسروق قال: دخلنا مع عبد الله بيتاً فيه تماثيل فقال لتمثال منها: تمثال من هذا؟ قالوا تمثال مريم. قال عبد الله: قال رسول الله ﷺ: إن أشد الناس عذاباً يوم القيامة المصورون متفق عليهما والأمر بعمله محرم كعمله.

فصل: فأما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم، وإنما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة للداعي بإسقاط حرمته لإيجاده المنكر في داره ولا يجب على من رآه في منزل الداعي الخروج في ظاهر كلام أحمد، فإنه قال في رواية الفضل: إذا رأى صوراً على الستر لم يكن رآها حين دخل؟ قال: هو أسهل من أن يكون على الجدار. قيل: فإن لم يره إلا عند وضع الخوان بين أيديهم أيخرج؟ فقال: لا تضيق علينا، ولكن إذا رأى هذا وبخهم ونهاهم يعني لا يخرج، وهذا مذهب مالك. فإنه كان يكرهها تنزهاً ولا يراها محرمة. وقال أكثر أصحاب الشافعي: إذا كانت الصور

على الستور أو ما ليس بموطوء لم يجز له الدخول، لأن الملائكة لا تدخله، ولأنه لو لم يكن محرماً لما جاز ترك الدعوة الواجبة من أجله.

ولنا: ما روي: «أن النبي ﷺ دخل الكعبة فرأى فيها صورة إبراهيم وإسماعيل يستقسمان بالأزلام فقال: قاتلهم الله، لقد علموا أنهما ما استقسما بها قط، رواه أبو داود. وما ذكرنا من خبر عبد الله أنه دخل بيتاً فيه تماثيل. وفي شروط عمر رضي الله عنه على أهل الذمة أن يوسعوا أبواب كنائسهم وبيعهم ليدخلها المسلمون للمبيت بها والمارة بدوابهم. وروى ابن عائذ في فتوح الشام: «أن النصارى صنعوا لعمر رضي الله عنه حين قدم الشام طعاماً فدعوه فقال: أين هو؟ قالوا: في الكنيسة، فأبى أن يذهب، وقال لعلي: امض بالناس، فليتغدوا فذهب علي رضي الله عنه بالناس، فدخل الكنيسة وتغدى هو والمسلمون وجعل علي ينظر إلى الصور وقال: ما على أمير المؤمنين لو دخل فأكل؟» وهذا اتفاق منهم على إباحة دخولها وفيها الصورة، ولأن دخول الكنائس والبيع غير محرم، فكذلك المنازل التي فيها الصور، وكون الملائكة لا تدخله لا يوجب تحريم دخوله علينا، كما لو كان فيه كلب، ولا يحرم علينا صحبة رفقة فيها جرس، مع أن الملائكة لا تصحبهم وإنما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجراً له عن فعله. والله أعلم.

فصل: فأما ستر الحيطان بستور غير مصورة، فإن كان لحاجة من وقاية حر أو برد فلا بأس به. لأنه يستعمله في حاجته فأشبه الستر على الباب وما يلبسه على بدنه، وإن كان لغير حاجة فهو مكروه وعذر في الرجوع عن الدعوة وترك الإجابة بدليل ما روى سالم بن عبد الله بن عمر قال: «أعرست في عهد أبي فآذن أبي الناس فكان أبو أيوب فيمن آذن وقد ستروا بيتي بخباء أخضر فأقبل أبو أيوب مسرعاً فاطلع فرأى البيت مستتراً بخباء أخضر فقال: يا عبد الله أتسترون الجدر؟ فقال أبي -واستحيى- غلبتنا النساء يا أبا أيوب، فقال: من خشيت أن يغلبنه فلم أخش أن يغلبنك ثم قال: لا أطعم لكم طعاماً ولا أدخل لكم بيتاً ثم خرج» رواه الأثرم.

وروي عن عبد الله بن يزيد الخطمي: «أنه دعي إلى طعام فرأى البيت منجداً فقعد خارجاً وبكى، قيل له: ما يبكيك؟ قال: إن رسول الله ﷺ رأى رجلاً قد رقع بردة له بقطعة أدم فقال تطالعت عليكم الدنيا- ثلاثاً ثم قال- أنتم اليوم خير أم إذا غدت عليكم قصعة وراحت أخرى ويغدو أحدكم في حلة ويروح في أخرى، وتسترون بيوتكم كما تستر الكعبة؟ قال عبد الله: أفلا أبكي وقد بقيت حتى رأيتكم تسترون بيوتكم كما تستر الكعبة؟»

وقد روى الخلال بإسناده عن ابن عباس وعلي بن الحسين عن النبي ﷺ: أنه نهى أن تستر الجدر، وروت عائشة: «أن النبي ﷺ لم يأمرنا فيما رزقنا أن نستر الجدر».

إذا ثبت هذا فإن ستر الحيطان مكروه غير محرم، وهذا مذهب الشافعي إذ لم يثبت في تحريمه دليل وقد فعله ابن عمر وفعل في زمن الصحابة رضي الله عنهم وإنما كره لما فيه من

السرف كالزيادة في الملبوس والمأكول وقد قيل: هو محرم للنهي عنه والأول أولى فإن النهي لم يثبت ولو ثبت لحمل على الكراهة لما ذكرناه.

فصل: وسئل أحمد عن الستور فيها القرآن؟ فقال: لا ينبغي أن يكون شيئاً معلقاً فيه القرآن يستهان به ويمسح به، قيل له: فيقلع؟ فكره أن يقلع القرآن، وقال: إذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس به، وكره أن يشتري الثوب فيه ذكر الله مما يجلس عليه أو يداس.

فصل: قيل لأبي عبد الله الرجل يكتري البيت فيه تصاوير ترى أن يحكها؟ قال: نعم. قال المروذي: قلت لأبي عبد الله: دخلت حماماً فرأيت صورة أترى أن أحك الرأس؟ قال: نعم إنما جاز ذلك لأن اتخاذ الصورة منكر فجاز تغييرها كآلة اللهو والصليب والصنم ويتلف منها ما يخرجها عن حد الصورة كالرأس ونحوه، لأن ذلك يكفي، قال أحمد: ولا بأس باللعب ما لم تكن صورة لما روي عن عائشة قالت دخل علي رسول الله ﷺ وأنا ألعب باللعب فقال: ما هذا يا عائشة؟، فقلت هذه خيل سليمان، فجعل يضحك» رواه مسلم بنحوه.

فصل: والدف ليس بمنكر لما ذكرنا من الأحاديث فيه، وأمر النبي ﷺ به في النكاح، وروت عائشة: «أن أبا بكر دخل عليها وعندها جاريتان في أيام منى تدفعان وتضربان، والنبي ﷺ متغش بثوبه فانتهرهما أبو بكر، فكشف النبي ﷺ عن وجهه فقال: دعهما يا أبا بكر فإنها أيام عيد» متفق عليه.

فصل: واتخاذ آنية الذهب والفضة محرم فإذا رآه المدعو في منزل الداعي فهو منكر يخرج من أجله. وكذلك ما كان من الفضة مستعملاً كالمكحلة ونحوها، قال الأثرم: سئل أحمد إذا رأى حلقة مرآة فضة ورأس مكحلة يخرج من ذلك؟ فقال هذا تأويل تأولته، وأما الآنية نفسها فليس فيها شك وقال ما لا يستعمل فهو أسهل مثل الضبة في السكين والقدح وذلك لأن رؤية المنكر كسماعه فكما لا يجلس في موضع يسمع فيه صوت الزمر لا يجلس في موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر.

فصل: وإن علم أن عند أهل الوليمة منكراً لا يراه ولا يسمعه لكونه بمعزل عن موضع الطعام أو يخفونه وقت حضوره فله أن يحضر ويأكل. نص عليه أحمد، وله الامتناع من الحضور في ظاهر كلامه فإنه سئل عن الرجل يدعى إلى الختان أو العرس وعنده المخنثون فيدعوه بعد ذلك بيوم أو ساعة وليس عنده أولئك؟ قال أرجو أن لا يأثم إن لم يجب وإن أجاب فأرجو أن لا يكون آثماً. فأسقط الوجوب لإسقاط الداعي حرمة نفسه باتخاذ المنكر، ولم يمنع الإجابة لكون المجيب لا يرى منكراً ولا يسمعه، وقال أحمد: إنما تجب الإجابة إذا كان المكسب طيباً ولم ير منكراً، فعلى قوله هذا: لا تجب، إجابة من طعامه من مكسب خبيث لأن اتخاذه منكر والأكل منه منكر، فهو أولى بالامتناع وإن حضر لم يسغ له الأكل منه.

مسألة: قال: (ودعوة الختان لا يعرفها المتقدمون ولا على من دعي إليها أن يجيب، وإنما وردت السنة في إجابة من دعي إلى وليمة تزويج)

يعني بالمتقدمين أصحاب رسول الله ﷺ الذين يقتدى بهم. وذلك لما روي: «أن عثمان بن أبي العاص دعي إلى ختان فأبى أن يجيب فقيل له؟ فقال إنا كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ ولا ندعى إليه» رواه الإمام أحمد بإسناده. إذا ثبت هذا فحكم الدعوة للختان وسائر الدعوات غير الوليمة أنها مستحبة لما فيها من إطعام الطعام، والإجابة إليها مستحبة غير واجبة. وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه، وقال العنبري تجب إجابة كل دعوة لعموم الأمر به. فإن ابن عمر روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا دعا أحدكم أخاه فليجبه عرساً كان أو غير عرس» أخرجه أبو داود.

ولنا: إن الصحيح من السنة إنما ورد في إجابة الداعي إلى الوليمة، وهي الطعام في العرس خاصة، كذلك قال الخليل وثعلب وغيرهما من أهل اللغة. وقد صرح بذلك في بعض روايات ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا دعي أحدكم إلى وليمة عرس. فليجب» رواه ابن ماجة، وقال عثمان بن أبي العاص: «كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ ولا ندعى إليه» ولأن التزويج يستحب إعلانه وكثرة الجمع فيه والتصويت والضرب بالدف بخلاف غيره. فأما الأمر بالإجابة إلى غيره فمحمول الاستحباب بدليل أنه لم يخص به دعوة ذات سبب دون غيرها. وإجابة كل داع مستحبة لهذا الخبر ولأن فيه جبر قلب الداعي وتطييب قلبه، وقد دعي أحمد إلى ختان فأجاب وأكل. فأما الدعوة في حق فاعلها فليست لها فضيلة تختص بها لعدم ورود الشرع بها، ولكن هي بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث، فإذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه وإطعام إخوانه وبذل طعامه فله أجر ذلك إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال: (والنثار مكروه لأنه شبه النهبة، وقد يأخذه من غيره أحب إلى صاحب النثار منه)

اختلفت الرواية عن أحمد في النثار والتقاطه. فروي أن ذلك مكروه في العرس وغيره، وروي ذلك عن أبي مسعود البدري وعكرمة وابن سيرين وعطاء وعبد الله بن زيد الخطمي وطلحة وزبيد اليامي وبه قال مالك والشافعي، وروي عن أحمد رواية ثانية: ليس بمكروه اختارها أبو بكر. وهو قول الحسن وقتادة والنخعي وأبي حنيفة وأبي عبيد وابن المنذر لما روى عبد الله بن قرط قال: «قرب إلي رسول الله ﷺ خمس بدنات أو ست، فطفقن يزدلفن إليه بأيتهن يبدأ فنحرها رسول الله ﷺ، وقال كلمة لم أسمعها، فسألت من قرب منه فقال: قال: من شاء اقتطع» رواه أبو داود. وهذا جار مجرى النثار، وقد روي: «أن النبي ﷺ دعي إلى وليمة رجل من الأنصار ثم أتوا بنهب فأنهب عليه. قال الراوي: ونظرت إلى رسول الله ﷺ يزاحم الناس أو نحو ذلك. قلت: يا رسول الله أو ما نهيتنا عن النهبة؟ قال: نهيتكم عن نهبة العساكر» ولأنه نوع إباحة فأشبه إباحة الطعام للضيفان.

ولنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تحل النهبى والمثلة» رواه البخاري وفي لفظ: «أن النبي ﷺ نهى عن النهبى والمثلة» ولأن فيه نهباً وتزاحماً وقتالاً وربما أخذه من يكره صاحب

النثار لحرصه وشرهه ودناءة نفسه ويحرمه من يحب صاحبه لمروءته وصيانة نفسه وعرضه والغالب هذا. فإن أهل المروءات يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شيء من الطعام أو غيره، ولأن في هذا دناءة والله يحب معالي الأمور ويكره سفسافها. فأما خبر البدنات فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنه لا نهبة في ذلك لكثرة اللحم وقلة الآخذين. أو فعل ذلك لاشتغاله بالمناسك عن تفريقها.

وفي الجملة: فالخلاف إنما هو في كراهية ذلك. وأما إباحته فلا خلاف فيها ولا في الالتقاط لأنه نوع إباحة لما له. فأشبه سائر الإباحات.

مسألة: قال: (فإن قسم على الحاضرين فلا بأس بأخذه)

كذا روي عن أبي عبد الله رحمه الله: أن بعض أولاده حذق فقسم على الصبيان الجوز وأما إذا قسم على الحاضرين ما ينثر مثل اللوز والسكر وغيره فلا خلاف أن ذلك حسن غير مكروه. وقد روي عن أبي هريرة قال: «قسم النبي ﷺ يوماً بين أصحابه تمراً، فأعطى كل إنسان سبع تمرات فأعطاني سبع تمرات إحداهن حشفة لم تكن تمرة أعجب إلي منها شدت إلى مضاغي» رواه البخاري. وكذلك إن وضعه بين أيديهم وأذن لهم في أخذه على وجه لا يقع تناهب فلا يكره أيضاً.

قال المروذي سألت أبا عبد الله عن الجوز ينثر؟ فكرهه، وقال: يعطون يقسم عليهم، وقال محمد بن علي بن بحر سمعت حسن أم ولد أحمد بن حنبل تقول: لما حذق ابني حسن قال لي مولاي: حُسن، لا تنثروا عليه فاشترى تمراً وجوزاً فأرسله إلى المعلم قالت وعملت أنا عصيدة وأطعمت الفقراء فقال: أحسنت أحسنت، وفرق أبو عبد الله على الصبيان الجوز لكل واحد خمسة خمسة.

فصل: ومن حصل في حجره شيء من النثار فهو له غير مكروه لأنه مباح حصل في حجره فملكه كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت في حجره، وليس لأحد أن يأخذه من حجره لما ذكرناه.

فصل: ولا بأس أن يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلون جميعاً، وإن أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس، وقد كان السلف يتعاهدون في الغزو والحج. ويفارق النثار فإنه يؤخذ بنهب وتسالب وتجاذب بخلاف هذا.

فصل: في آداب الطعام

يستحب غسل اليدين قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء. قال المروذي: رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء. وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أحب أن يكثر خير بيته فليتوضأ إذا حضر غداؤه وإذا رفع» رواه ابن ماجة.

وروى أبو بكر بإسناده عن الحسن بن علي أن النبي ﷺ قال: «الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم» يعني بـه غسل اليـدين وقال النبي ﷺ: «من نـام وفي يده ريـح غمر وأصابه شيء فلا يلومن إلا نفسه» رواه أبو داود. ولا بأس بـترك الوضـوء لما روى أبـو هريـرة: «أن النبي ﷺ خرج من الغائط، فأتي بطعام فقال رجل يا رسول الله ألا آتيك بوضوء؟ قال: لا أريد الصلاة» رواه ابن ماجة. وعن جابر قال: «أقبل رسول الله ﷺ من شعب الجبل وقد قضى حاجته وبين أيدينا تمر على ترس أو جحفة، فدعـوناه فـأكل معنـا وما مس مـاء» رواه أبو داود. وروي عنـه: «أنه كان يحتز من كتف شاة في يده فدعي إلى الصلاة فألقاها من يده ثم قام فصلى ولم يتوضأ» رواه البخاري. ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين لهذا الحديث. وقال مهنا: سألت أحمد عن حديث يروى عن النبي ﷺ: «لا تقطعـوا اللحم بالسكـين فإنـه من صنع الأعـاجم، وانهشوه نهشاً. فإنه أهنأ وأمرأ» قال: ليس بصحيح واحتج بهذا الحديث الذي ذكرناه.

فصل: وتستحب التسمية عنـد الأكل وأن يـأكل بيمينـه مما يليـه. لما روى عمـر بن أبي سلمـة قال: «كنت يتيمـاً في حجر رسـول الله ﷺ فكانت يـدي تـطيش في الصفحـة فقـال لي النبي ﷺ: يا غلام سم الله، وكل بيمينك، وكـل مما يليـك» متفق عليه. وعن ابن عمـر عن النبي ﷺ قال: «إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه فإن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله» رواه مسلم. وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أكـل أحدكم فليـذكر اسم الله. فـإن نسي أن يذكر اسم الله في أوله فليقل بسم الله أوله وآخره» وكان رسول الله ﷺ جليساً ورجل يأكل فلم يسم حتى لم يبق من طعـامـه إلا لقمـة فلما رفعهـا إلى فيـه قـال بسم الله أولـه وآخـره فضحـك النبي ﷺ وقال: «ما زال الشيطان يأكل معه فلما ذكر الله قاء مـا في بطنـه» رواهن أبو داود وعن عكراش بن ذؤيب قال: «أتي النبي ﷺ بجفنة كثيرة الثريد والودك، فأقبلنا نأكل فخبطت يـدي في نواحيها فقال: يا عكراش كل من موضع واحد، فإنه طعام واحـد ثم أتينا بـطبق فيه ألـوان الرطب فجالت يد رسول الله ﷺ في الطبق وقال: يا عكراش كل من حيث شئت فإنه غير لـون واحد» رواه ابن ماجة. ولا يأكل من ذروة الثريد، لما روى ابن عبـاس عن النبي ﷺ أنه قـال: «إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يأكل من أعلى الصفحة ولكن ليأكل من أسفلها، فـإن البركـة تنزل من أعلاها» وفي الحديث: «كلوا من جوانبها ودعوا ذروتها يبارك فيها» رواهما ابن ماجة.

فصل: ويستحب الأكل بالأصابع ثلاثة ولا يمسح يده حتى يلعقها قال مثنى: سألت أبـا عبد الله عن الأكل بالأصابع كلها؟ فذهب إلى ثلاثة أصابع فذكـرت له الحـديث الذي يـروى عن النبي ﷺ «أنه كان يأكل بكفه كلها» فلم يصححه ولم ير إلا ثـلاثة أصـابع وقـد روى كعب ابن مالك قال: «كان رسول الله ﷺ يأكل بثلاثة أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها» رواه الخلال بإسناده ويكره الأكل متكئـاً لما روى أبـو جحيفة أن رسـول الله ﷺ قال: «لا آكـل متكئاً» رواه البخاري. ولا يمسح يده بالمنديل حتى يلعقها لما روينا، ولما روي عن ابن عبـاس عن النبي ﷺ قال: «إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يمسح يده حتى يلعقهـا أو يُلعقها» رواه أبـو داود. وعن نبيشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أكل ي قصعة فلحسها استغفرت له القصعة» رواه الترمذي.

وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الأرض وليأكلها» رواه ابن ماجة.

فصل: ويحمد الله إذا فرغ لقول رسول الله ﷺ: «إن الله ليرضى من العبد أن يأكل الأكلة أو يشرب الشربة فيحمده عليها» رواه مسلم وعن أبي سعيد قال: «كان النبي ﷺ إذا أكل طعاماً قال: الحمد لله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين» رواه أبو داود عن أبي أمامة عن النبي ﷺ أنه كان يقول إذا رفع طعامه: «الحمد لله كثيراً مباركاً فيه غير مكفي ولا مودع ولا مستغني عنه ربنا» وعن معاذ بن أنس الجهني عن رسول الله ﷺ قال: «من أكل طعاماً فقال الحمد لله الذي أطعمني هذا ورزقنيه من غير حول مني ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه» رواهن ابن ماجة وروي أن النبي ﷺ أكل طعاماً هو وأبو بكر وعمر ثم قال: «من قال في أوله بسم الله وبركة الله، وفي آخره الحمد لله الذي أطعم وأروى وأنعم وأفضل فقد أدى شكره» ويستحب الدعاء لصاحب الطعام لما روى جابر بن عبد الله قال: «صنع أبو الهيثم للنبي ﷺ وأصحابه طعاماً فدعا النبي ﷺ وأصحابه فلما فرغ قال: أثبتوا صاحبكم. قالوا يا رسول الله وما إثابته؟ قال إن الرجل إذا دخل بيته وأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له، فذلك إثابته» وعن أنس أن النبي ﷺ جاء إلى سعد بن عبادة قال: فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي ﷺ: «أفطر عندك الصائمون وأكل طعامكم الأبرار وصلت عليكم الملائكة» رواهما أبو داود.

فصل: ولا بأس بالجمع بين طعامين فإن عبد الله بن جعفر قال: رأيت النبي ﷺ يأكل القثاء بالرطب، ويكره عيب الطعام لقول أبي هريرة: «ما عاب رسول الله ﷺ طعاماً قط إذا اشتهى شيئاً أكله، وإن لم يشتهه تركه» متفق عليهما وإذا حضر فصادف قوماً يأكلون فدعوه لم يكره له الأكل لما قدمناه من حديث جابر حين دعوا رسول الله ﷺ فأكل معهم. ولا يجوز أن يتحين وقت أكلهم فيهجم عليهم ليطعم معهم لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ إِلَى طَعَامٍ غَيْرَ نَاظِرِينَ إِنَاهُ﴾ [الأحزاب: ٥٣] أي غير منتظرين بلوغ نضجه، وعن أنس قال: «ما أكل رسول الله ﷺ على خوان ولا في سكرجة قال فعلام كنتم تأكلون؟ قال على السفر، وقال ابن عباس: لم يكن رسول الله ﷺ ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الإناء» وفي المتفق عليه من حديث أبي قتادة: «ولا يتنفس أحدكم في الإناء» وعن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا وضعت المائدة فلا يقوم رجل حتى ترفع المائدة ولا يرفع يده وإن شبع حتى يفرغ القوم وليعذر فإن الرجل يخجل جليسه فيقبض يده وعسى أن يكون له في الطعام حاجة» رواهن كلهن ابن ماجة.

فصل: قال محمد بن يحيى: قلت لأبي عبد الله الإناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد؟ قال لا بأس وقيل لأبي عبد الله ما تقول في غسل اليد بالنخالة؟ فقال: لا بأس به نحن نفعله واستدل الخطابي على جواز ذلك بما روى أبو داود بإسناده عن رسول الله ﷺ أنه أمر امرأة أن تجعل مع الماء ملحاً ثم تغسل به الدم من حيضة، والملح طعام ففي معناه ما أشبهه والله أعلم.

كتاب عشرة النساء والخلع

قال الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] وقال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقال أبو زيد يتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيهم، وقال ابن عباس إني لأحب أن أتزين للمرأة كما أحب أن تتزين لي لأن الله تعالى يقول: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقال الضحاك في تفسيرها إذا أطعن الله وأطعن أزواجهن فعليه أن يحسن صحبتها ويكف عنها أذاه وينفق عليها من سعته. وقال بعض أهل العلم التماثل ها هنا في تأدية كل واحد منهما ما عليه من الحق لصاحبه بالمعروف ولا يمطله به ولا يظهر الكراهة بل ببشر وطلاقة ولا يتبعه أذى ولا منة لقول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] وهذا من المعروف، ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق مع صاحبه والرفق به واحتمال أذاه لقول الله تعالى: ﴿وَبِٱلْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً وَبِذِي ٱلْقُرْبَى﴾ [النساء: ٣٦] إلى قوله: ﴿وَالصَّاحِبِ بِٱلْجنبِ﴾ [النساء: ٣٦] قيل هو كل واحد من الزوجين، وقال النبي ﷺ: «استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله» رواه مسلم. وقال النبي ﷺ: «إن المرأة خلقت من ضلع أعوج لن تستقيم على طريقة فإن ذهبت تقيمها كسرتها وإن استمتعت بها استمتعت بها وفيها عوج» متفق عليه. وقال: «خياركم خياركم لنسائهم» رواه ابن ماجة، وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه لقول الله تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقال النبي ﷺ: «لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق» رواه أبو داود، وقال: «إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع» متفق عليه، وقال لامرأة: «أذات زوج أنت؟» قالت نعم قال: «فإنه جنتك ونارك» وقال: «لا يحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه ولا تأذن في بيته إلا بإذنه وما أنفقت من نفقة من غير إذنه فإنه يرد إليه شطره» رواه البخاري.

فصل: إذا تزوج امرأة مثلها يوطأ فطلب تسليمها إليه وجب ذلك، وإن عرضت نفسها عليه لزمه تسلمها ووجبت نفقتها وإن طلبها فسألت الانظار أنظرت مدة جرت العادة أن تصلح أمرها فيها كاليومين والثلاثة. لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله. وقد قال النبي ﷺ: «لا تطرقوا النساء ليلاً حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة»، فمنع من الطروق وأمر بإمهالها لتصلح أمرها مع تقدم صحبته لها فها هنا أولى، ثم إن كانت حرة وجب تسليمها ليلاً ونهاراً وله السفر بها. لأن النبي ﷺ كان يسافر بنسائه إلا أن يكون سفراً مخوفاً فلا يلزمها ذلك، وإن كانت أمة لم يلزم تسليمها إلا بالليل لأنها مملوكة عقد على إحدى منفعتها فلم يلزم تسليمها في غير وقتها كما لو أجرها لخدمة النهار لم يلزم تسليمها بالليل، ويجوز للمولى بيعها لأن النبي ﷺ أذن لعائشة في شراء بريرة وهي ذات زوج ولا ينفسخ النكاح بذلك بدليل أن بيع بريرة لم يبطل نكاحها.

فصل: وللزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو مملوكة لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له فملك إجبارها على إزالة ما يمنع حقه، وإن احتاجت إلى شراء الماء فثمنه عليه لأنه لحقه، وله إجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة، لأن الصلاة واجبة عليها ولا تتمكن منها إلا بالغسل، فأما الذمية ففيها روايتان: **إحداهما**: له إجبارها عليه، لأن كمال الاستمتاع يقف عليه فإن النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة. **والثانية**: ليس له إجبارها عليه وهو مالك والثوري لأن الوطء لا يقف عليه فإنه مباح بدونه، وللشافعي قولان كالروايتين، وفي إزالة الوسخ والدرن وتقليم الأظفار وجهان بناء على الروايتين في غسل الجنابة، وتستوي في هذه المسلمة والذمية لاستوائهما في حصول النفرة ممن ذلك حالها، وله إجبارها على إزالة شعر العانة إذا خرج عن العادة رواية واحدة، ذكره القاضي. وكذلك الأظفار وإن طالا قليلاً بحيث تعافه النفس ففيه وجهان، وهل له منعها من أكل ما له رائحة كريهة كالبصل والثوم والكراث؟ على وجهين:

أحدهما: له منعها من ذلك لأنه يمنع القبلة وكمال الاستمتاع.

والثاني: ليس له منعها منه لأنه لا يمنع الوطء، وله منعها من السكر وإن كانت ذمية لأنه يمنع الاستمتاع بها فإنه يزيل عقلها ويجعلها كالزق المنفوخ. ولا يأمن أن تجني عليه، وإن أرادت شرب ما يسكرها فله منع المسلمة لأنهما يعتقدان تحريمه، وإن كانت ذمية لم يكن له منعها منه، نص عليه أحمد لأنها تعتقد إباحته في دينها وله إجبارها على غسل فمها منه ومن سائر النجاسات ليتمكن من الاستمتاع بفيها ويتخرج أن يملك منعها منه لما فيه من الرائحة الكريهة وهو كالثوم. وهكذا الحكم لو تزوج مسلمة تعتقد إباحة يسير النبيذ هل له منعها منه؟ على وجهين، ومذهب الشافعي على نحو من هذا الفصل كله.

فصل: وللزوج منعها من الخروج من منزله إلى ما لها منه بد سواء أرادت زيارة والديها أو عيادتهما أو حضور جنازة أحدهما، قال أحمد في امرأة لها زوج وأم مريضة: طاعة زوجها أوجب عليها من أمها إلا أن يأذن لها، وقد روى ابن بطة في أحكام النساء عن أنس أن رجلاً

سافر ومنع زوجته من الخروج فمرض أبوها فاستأذنت رسول الله ﷺ في عيادة أبيها فقال لها رسول الله ﷺ: «اتقي الله ولا تخالفي زوجك»، فمات أبوها فاستأذنت رسول الله ﷺ في حضور جنازته فقال لها: «اتقي الله ولا تخالفي زوجك» فأوحى الله إلى النبي ﷺ «إني قد غفرت لها بطاعة زوجها» ولأن طاعة الزوج واجبة، والعيادة غير واجبة، فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب ولا يجوز لها الخروج إلا بإذنه ولكن لا ينبغي للزوج منعها من عيادة والديها وزيارتهما لأن في ذلك قطيعة لهما وحملاً لزوجته على مخالفته، وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف. وليس هذا من المعاشرة بالمعروف وإن كانت زوجته ذمية فله منعها من الخروج إلى الكنيسة لأن ذلك ليس بطاعة. ولا نفع وإن كانت مسلمة فقال القاضي: له منعها من الخروج إلى المساجد وهو مذهب الشافعي وظاهر الحديث يمنعه من منعها لقول النبي ﷺ: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله» وروي أن الزبير تزوج عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل وكانت تخرج إلى المساجد وكان غيوراً فيقول لها لو صليت في بيتك فتقول لا أزال أخرج أو تمنعني فكره منعها لهذا الخبر. وقال أحمد في الرجل تكون له المرأة أو الأمة النصرانية يشتري لها زناراً؟ قال لا بل تخرج هي تشتري لنفسها فقيل له جاريته تعمل الزنانير؟ قال لا.

فصل: وليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والخبز والطبخ وأشباهه. نص عليه أحمد. وقال أبو بكر بن أبي شيبة وأبو إسحاق الجوزجاني عليها ذلك واحتج بقصة علي وفاطمة. فإن النبي ﷺ قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علي ما كان خارجاً من البيت عمل رواه الجوزجاني من طرق. قال الجوزجاني وقد قال النبي ﷺ: «لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها، ولو أن رجلاً أمر امرأته أن تنقل من جبل أسود إلى جبل أحمر أو من جبل أحمر إلى جبل أسود كان عليها أن تفعل» ورواه بإسناده. قال فهذه طاعته فيما لا منفعة فيه فكيف بمؤونة معاشه؟ وقد كان النبي ﷺ يأمر نساءه بخدمته. فقال: «يا عائشة اسقينا يا عائشة أطعمينا يا عائشة هلمي الشفرة واشحذيها بحجر» وقد روي أن فاطمة أتت رسول الله ﷺ تشكو إليه ما تلقى من الرحى وسألته خادماً يكفيها ذلك.

ولنا: إن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع. فلا يلزمها غيره كسقي دوابه وحصاد زرعه. فأما قسم النبي ﷺ بين علي وفاطمة فعلى ما تليق به الأخلاق المرضية. ومجرى العادة لا على سبيل الإيجاب كما قد روي عن أسماء بنت أبي بكر أنها كانت تقوم بفرس الزبير وتلتقط له النوى وتحمله على رأسها ولم يكن ذلك واجباً عليها ولهذا لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة، ولكن الأولى لها فعل ما جرت العادة بقيامها به لأنه العادة ولا تصلح الحال إلا به ولا تنتظم المعيشة بدونه.

فصل: ولا يحل وطء الزوجة في الدبر في قول أكثر أهل العلم منهم: علي وعبد الله وأبو الدرداء وابن عباس وعبد الله بن عمرو وأبو هريرة، وبه قال سعيد بن المسيب وأبو بكر بن عبد الرحمن ومجاهد وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر، ورويت إباحته عن ابن

عمر وزيد بن أسلم ونافع ومالك. وروي عن مالك أنه قال: ما أدركت أحد أقتدي به في ديني يشك في أنه حلال وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك. واحتج من أجله بقول الله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣] وقوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٥، ٦].

ولنا: ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله لا يستحيي من الحق، لا تأتوا النساء من أعجازهن» وعن أبي هريرة وابن عباس عن النبي ﷺ قال: «لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأة في دبرها» رواهما ابن ماجة. وعن ابن مسعود عن النبي ﷺ قال: «محاش النساء حرام عليكم» وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها أو كاهناً فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد» رواهن كلهنّ الأثرم فأما الآية فروى جابر قال: «كان اليهود يقولون إذا جامع الرجل امرأته في فرجها من ورائها جاء الولد أحول فأنزل الله: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣] من بين يديها ومن خلفها غير أن لا يأتيها إلا في المأتي» متفق عليه وفي رواية «ائتها مقبلة ومدبرة إذا كان ذلك في الفرج، والآية الأخرى المراد بها ذلك.

فصل: فإن وطىء زوجته في دبرها فلا حد عليه. لأن له في ذلك شبهة ويعذر لفعله المحرم. وعليهما الغسل لأنه إيلاج فرج في فرج وحكمه حكم الوطء في القبل في إفساد العبادات وتقرير المهر ووجوب العدة، وإن كان الوطء لأجنبية وجب حد اللوطي ولا مهر عليه. لأنه لم يفوت منفعة لها عوض في الشرع. ولا يحصل بوطء زوجته في الدبر إحصان إنما يحصل بالوطء الكامل، وليس هذا بوطء كامل والإحلال للزوج الأول لأن المرأة لا تذوق به عسيلة الرجل، ولا تحصل به الفيئة ولا الخروج من العنة لأن الوطء فيهما لحق المرأة، وحقها الوطء في القبل ولا يزول به الاكتفاء بصماتها في الإذن بالنكاح لأن بكارة الأصل باقية.

فصل: ولا بأس بالتلذذ بها بين الأليتين من غير إيلاج لأن السنة إنما وردت بتحريم الدبر فهو مخصوص بذلك، ولأنه حرم لأجل الأذى وذلك مخصوص بالدبر فاختص التحريم به.

فصل: والعزل مكروه ومعناه أن ينزع إذا قرب الإنزال فينزل خارجاً من الفرج رويت كراهته عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق أيضاً لأن فيه تقليل النسل وقطع اللذة عن الموطوءة وقد حث النبي ﷺ على تعاطي أسباب الولد فقال: «تناكحوا تناسلوا تكثروا- وقال - سوداء ولود خير من حسناء عقيم» إلا أن يكون لحاجة مثل أن يكون في دار الحرب فتدعو حاجته إلى الوطء فيطأ ويعزل. ذكر الخرقي هذه الصورة أو تكون زوجته أمة فيخشى الرق على ولده. أو تكون له أمة فيحتاج إلى وطئها وإلى بيعها، وقد روي عن علي رضي الله عنه: أنه كان يعزل عن إمائه فإن عزل من غير حاجة كره ولم يحرم، ورويت الرخصة فيه عن علي وسعد بن أبي وقاص وأبي أيوب وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس

والحسن بن علي وخباب بن الأرت وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وروى أبو سعيد قال: ذكر، يعني العزل، عند رسول الله ﷺ قال: «فلم يفعل أحدكم؟ - ولم يقل فلا يفعل - فإنه ليس من نفس مخلوقة إلا الله خالقها» متفق عليه، وعنه أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وإن اليهود تحدث أن العزل الموءودة الصغرى قال: «كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه» رواه أبو داود.

فصل: ويجوز العزل عن أمته بغير إذنها نص عليه أحمد وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي. وذلك لأنه لا حق لها في الوطء ولا في الولد ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ولا الفيئة فلأن لا تملك المنع من العزل أولى ولا يعزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها. قال القاضي ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة في العزل ويحتمل أن يكون مستحباً لأن حقها في الوطء دون الإنزال بدليل أنه يخرج به من الفيئة والعنة وللشافعية في ذلك وجهان، والأول أولى لما روي عن عمر رضي الله عنه، قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها» رواه الإمام أحمد في المسند وابن ماجة. ولأن لها في الولد حقاً وعليها في العزل ضرر فلم يجز إلا بإذنها فأما زوجته الأمة فيحتمل جواز العزل عنها بغير إذنها وهو قول الشافعي استدلالاً بمفهوم هذا الحديث وقال ابن عباس تستأذن الحرة ولا تستأذن الأمة. ولأن عليه ضرراً في استرقاق ولده بخلاف الحرة ويحتمل أن لا يجوز إلا بإذنها لأنها زوجة تملك المطالبة بالوطء في الفيئة والفسخ عند تعذره بالعنة وترك العزل من تمامه فلم يجز بغير إذنها كالحرة.

فصل: فإن عزل عن زوجته أو أمته ثم أتت بولد لحقه نسبه لما روى أبو داود عن جابر قال جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله ﷺ فقال: إن لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال: «اعزل عنها إن شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها» قال أبو سعيد كنت أعزل عن جارية لي فولدت أحب الناس إلي ولأن لحوق النسب حكم يتعلق بالوطء فلم يعتبر فيه الإنزال كسائر الأحكام. وقد قيل إن الوطء في الفرج يحصل به الإنزال ولا يحس به.

فصل: في آداب الجماع

تستحب التسمية قبله لقول الله تعالى: ﴿وَقَدِّمُوا لِأَنْفُسِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣] قال عطاء هي التسمية عند الجماع، وروى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لو أن أحدكم حين يأتي أهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبداً» متفق عليه، ويكره التجرد عند المجامعة لما روى عتبة بن عبيد قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجرد تجرد العيرين»، رواه ابن ماجة. وعن عائشة قالت كان رسول الله ﷺ إذا دخل الخلاء غطى رأسه وإذا أتى أهله غطى رأسه ولا يجامع بحيث يراهما أحد أو يسمع حسهما ولا يقبلها ويباشرها عند الناس، قال أحمد: ما يعجبني إلا أن يكتم هذا كله. وقال الحسن في الذي يجامع المرأة والأخرى تسمع قال: كانوا يكرهون

الوجس وهو الصوت الخفي ولا يتحدث بما كان بينه وبين أهله لما روى الحسن قال: جلس رسول الله ﷺ بين الرجال والنساء فأقبل على الرجال فقال: «لعل أحدكم يحدث بما يصنع بأهله إذا خلا» ثم أقبل على النساء فقال: «لعل إحداكن تحدث النساء بما يصنع بها زوجها» قال فقالت امرأة: إنهم ليفعلون وإنا لنفعل. «لا تفعلوا فإنه مثل ذلكم كمثل شيطان لقي شيطانة فجامعها والناس ينظرون».

وروى أبو داود عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله بمعناه ولا يستقبل القبلة حال الجماع لأن عمرو بن حزم وعطاء كرها ذلك ويكره الإكثار من الكلام حال الجماع لما روى قبيصة بن ذؤيب أن رسول الله ﷺ قال: «لا تكثروا الكلام عن مجامعة النساء فإن منه يكون الخرس والفأفاء» ولأنه يكره الكلام حالة البول وحال الجماع في معناه وأول بذلك منه يستحب أن يلاعب امرأته قبل الجماع لتنهض شهوتها فتنال من لذة الجماع مثل ما ناله.

وقد روي عن عمر بن عبد العزيز عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تواقعها إلا وقد أتاها من الشهوة مثل ما أتاك لكي لا تسبقها بالفراغ ـ قلت وذلك إلي؟ قال ـ نعم إنك تقبلها وتغمزها وتلمزها فإذا رأيت أنه قد جاءها مثل ما جاءك واقعتها» فإن فرغ قبلها كره له النزع حتى تفرغ لما روي عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا جامع الرجل أهله فليقصدها ثم إذا قضى حاجته فلا يعجلها حتى تقضي حاجتها» ولأن في ذلك ضرراً عليها ومنعاً لها من قضاء شهوتها ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه فيتمسح بها فإن عائشة قالت: ينبغي للمرأة إذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقة فإذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ثم تمسح عنها فيصليان في ثوبها ذلك ما لم تصبه جنابة. ولا بأس أن يجمع بين نسائه وإمائه بغسل واحد لما روي عن أنس قال سكبت لرسول الله ﷺ من نسائه غسلاً واحداً في ليلة واحدة فإن حدث الجنابة لا يمنع الوطء بدليل إتمام الجماع قال أحمد إذا أراد أن يعود فأعجب إلى الوضوء فإن لم يفعل فأرجو أن لا يكون به بأس، ولأن الوضوء يزيده نشاطاً ونظافة فاستحب وإن اغتسل بين كل وطأين فهو أفضل فإن أبا رافع روى أن رسول الله ﷺ طاف على نسائه جميعاً فاغتسل عند كل امرأة منهن غسلاً فقلت يا رسول الله ﷺ لو جعلته غسلاً واحداً؟ قال: «هذا أزكى وأطيب وأطهر»، رواه أحمد في المسند، وروى أحاديث هذا الفصل كلها أبو حفص العكبري، وروى ابن بطة بإسناده عن أبي سعيد قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا جامع الرجل أول الليل ثم أراد أن يعود توضأ وضوءه للصلاة».

فصل: وليس للرجل أن يجمع بين امرأتيه في مسكن واحد بغير رضاهما صغيراً كان أو كبيراً لأن عليهما ضرراً لما بينهما من العداوة والغيرة واجتماعهما يثير المخاصمة والمقاتلة وتسمع كل واحد منهما حسه إذا أتى إلى الأخرى أو ترى ذلك فإن رضيتا بذلك جاز لأن الحق لهما فلهما المسامحة بتركه وكذلك إن رضيتا بنومه بينهما في لحاف واحد، وإن رضيتا بأن يجامع واحدة بحيث تراه الأخرى لم يجز لأن فيه دناءة وسخفاً وسقوط مروءة فلم يبح برضاهما وإن أسكنهما في دار واحدة كل واحدة في بيت جاز إذا كان ذلك مسكن مثلها.

فصل: روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أتعجبون من غيرة سعد؟ لأنا أغير منه والله أغير مني» وعن علي رضي الله عنه قال: «بلغني أن نساءكم ليزاحمن العلوج في الأسواق أما تغارون؟ إنه لا خير فيمن لا يغار» وقال محمد بن علي بن الحسين: كان إبراهيم عليه السلام غيوراً وما من امرىء لا يغار إلا منكوس القلب.

مسألة: قال أبو القاسم: (وعلى الرجل أن يساوي بين زوجاته في القسم)

لا نعلم بين أهل العلم في وجوب التسوية بين الزوجات في القسم خلافاً وقد قال الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] وليس مع الميل معروف، وقال الله تعالى: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾ [النساء: ١٢٩] وروى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل» وعن عائشة قالت: «كان رسول الله ﷺ يقسم بيننا فيعدل ثم يقول: «اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك» رواهما أبو داود إذا ثبت هذا: فإنه إذا كان عنده نسوة لم يجز له أن يبتدىء بواحدة منهن إلا بقرعة لأن البداءة بها تفضيل لها والتسوية واجبة ولأنهن متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهن فوجب المصير إلى القرعة كما لو أراد السفر بإحداهن فإن كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة ويصير في الليلة الثانية إلى الثانية بغير قرعة لأن حقها متعين وإن كن ثلاثاً أقرع في الليلة الثانية للبداية بإحدى الباقيتين، وإن كن أربعاً أقرع في الليلة الثالثة ويصير في الليلة الرابعة بغير قرعة، ولو أقرع في الليلة الأولى فجعل سهماً للأولى وسهماً للثانية وسهماً للثالثة وسهماً للرابعة ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز لكل واحدة ما خرج لها.

فصل: ويقسم المريض والمجبوب والعنين والخنثى والخصي وبذلك قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي لأن القسم للأنس وذلك حاصل ممن لا يطأ؛ وقد روت عائشة «أن رسول الله ﷺ لما كان في مرضه جعل يدور في نسائه ويقول أين أنا غداً؟ أين أنا غداً؟» رواه البخاري فإن شق عليه ذلك استأذنهن في الكون عند إحداهن كما فعل النبي ﷺ، قالت عائشة إن رسول الله ﷺ بعث إلى النساء فاجتمعن قال: «إني لا أستطيع أن أدور بينكن فإن رأيتن أن تأذن لي فأكون عند عائشة فعلتن فأذن له» رواه أبو داود فإن لم يأذن له أقام عند إحداهن بالقرعة أو اعتزلهن جميعاً إن أحب، فإن كان الزوج مجنوناً لا يخاف منه طاف به الولي عليهن، وإن كان يخاف منه فلا قسم عليه لأنه لا يحصل منه أنس ولا فائدة وإن لم يعدل الولي في القسم بينهن ثم أفاق المجنون فعليه أن يقضي للمظلومة لأنه حق ثبت في ذمته فلزمه إيفاؤه حال الإفاقة كالمال.

فصل: ويقسم للمريضة والرتقاء والحائض والنفساء والمحرمة الصغيرة الممكن وطؤها وكلهن سواء في القسم، وبذلك قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم، وكذلك التي ظاهر منها لأن القصد الإيواء والسكن والأنس وهو حاصل لهن، وأما

المجنونة فإن كانت لا يخاف منها فهي كالصحيحة وإن خاف منها فلا قسم لها لأنه لا يأمنها على نفسه ولا يحصل لها أنس ولا بها.

فصل: ويجب قسم الابتداء ومعناه أنه إذا كانت له امرأة لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال ما لم يكن عذر، وإن كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع، وبه قال الثوري وأبو ثور، وقال القاضي في المجرد لا يجب قسم الابتداء إلا أن يترك الوطء مصراً فإن تركه غير مصر لم يلزمه قسم ولا بوطء لأن أحمد قال إذا وصل الرجل إلى امرأته مرة بطل أن يكون عنيناً أي لا يؤجل وقال الشافعي لا يجب قسم الابتداء بحال لأن القسم لحقه فلم يجب عليه.

ولنا: قول النبي ﷺ لعبد الله بن عمرو بن العاص: «يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟» قلت بلى يا رسول الله قال: «فلا تفعل صم، وأفطر، وقم، ونم فإن لجسدك عليك حقاً، وإن لعينك عليك حقاً وإن لزوجك عليك حقاً» متفق عليه فأخبر أن للمرأة عليه حقاً وقد اشتهرت قصة كعب بن سور رواهما عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة من وجوه إحداهن عن الشعبي أن كعب بن سور كان جالساً عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة فقالت: يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي والله إنه ليبيت ليلة قائماً ويظل نهاره صائماً. فاستغفر لها وأثنى عليها واستحيت المرأة وقامت راجعة فقال كعب: يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها؟ فجاء فقال لكعب اقض بينهما فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم قال: فإني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن فأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة. فقال عمر: والله ما رأيك الأول بأعجب إلي من الآخر اذهب فأنت قاض على أهل البصرة، وفي رواية فقال عمر: نعم القاضي أنت وهذه قضية انتشرت فلم تنكر فكانت إجماعاً ولأنه لو لم يكن حقاً لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجب والعنة وامتناعه بالإيلاء ولأنه لو لم يكن حقاً للمرأة لملك الزوج تخصيص إحدى زوجتيه به كالزيادة في النفقة على قدر الواجب، إذا ثبت هذا فقال أصحابنا حق المرأة ليلة من كل أربع وللأمة ليلة من كل سبع لأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ولها السابعة والذي يقوى عندي أن لها ليلة من ثمان لتكون على النصف مما للحرة فإن حق الحرة من كل ثمان ليلتان ليس لها أكثر من ذلك، فلو كان للأمة ليلة من سبع لزاد على النصف ولم يكن للحرة ليلتان وللأمة ليلة ولأنه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن فقسم بينهن سبعاً فماذا يصنع في الليلة الثامنة؟ إن أوجبنا عليه مبيتها عند حرة فقد زادها على ما يجب لها، وإن باتها عند الأمة جعلها كالحرة ولا سبيل إليه، وعلى ما اخترن تكون هذه الليلة الثامنه له، إن أحب انفرد فيها وإن أحب بات عند الأولى مستأنفاً للقسم. وإن كان عنده حرة وأمة قسم لهن ثلاث ليال من ثمان وله الانفراد في خمس، وإن كان تحته حرتان وأمة فلهن خمس وله ثلاث وإن كان حرتان وأمتان فلهن ست وله اثنتان وإن كانت أمة واحدة فلها ليلة وله سبع، وعلى قولهم لها ليلة وله ست.

فصل: والوطء واجب على الرجل إذا لم يكن له عذر وبه قال مالك، وعلى قول القاضي: لا يجب إلا أن يتركه للإضرار وقال الشافعي: لا يجب عليه. لأنه حق له فلا يجب عليه كسائر حقوقه.

ولنا: ما تقدم في الفصل الذي قبله، وفي بعض روايات حديث كعب أنه حين قضى بين الرجل وامرأته قال: إن لها عليك حقاً يا بعل تصيبها في أربع لمن عدل فأعطها ذاك ودع عنك العلل فاستحسن عمر قضاءه ورضيه، ولأنه حق واجب بالإنفاق وإذا حلف على تركه فيجب قبل أن يحلف كسائر الحقوق الواجبة يحقق هذا أنه لو لم يكن واجباً لم يصر باليمين على تركه واجباً كسائر ما لا يجب ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل فيجب تعليله بذلك ويكون النكاح حقاً لهما جميعاً، ولأنه لو لم يكن لها فيه حق لما وجب استئذانها في العزل كالأمة.

إذا ثبت وجوبه فهو مقدر بأربعة أشهر نص عليه أحمد ووجهه أن الله تعالى قدره بأربعة أشهر في حق المولى فكذلك في حق غيره. لأن اليمين لا توجب ما حلف على تركه فيدل على أنه واجب بدونها فإن أصر على ترك الوطء وطالبت المرأة فقد روى ابن منصور عن أحمد في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها يقول غداً أدخل بها غداً أدخل بها إلى شهر هل يجبر على الدخول؟ فقال: اذهب إلى أربعة أشهر إن دخل بها وإلا فرق بينهما فجعله أحمد كالمولى.

وقال أبو بكر بن جعفر لم يرو مسألة ابن منصور غيره وفيها نظر وظاهر قول أصحابنا أنه لا يفرق بينهما لذلك وهو قول أكثر الفقهاء لأنه لو ضرب له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للإيلاء أثر ولا خلاف في اعتباره.

فصل: وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء، وإن طال سفره ولذلك لا يصح نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة، وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر فإنه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته؟ قال ستة أشهر يكتب إليه فإن أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما، وإنما صار إلى تقديره بهذا الحديث عمر رواه أبو حفص بإسناده عن زيد بن أسلم قال: بينا عمر بن الخطاب يحرس المدينة فمر بامرأة في بيتها وهي تقول:

تطاول هذا الليل واسود جانبه ... وطال علي أن لا خليل ألاعبه
فوالله لولا خشية الله وحده ... لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأقفله ثم دخل على حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك قالت: خمسة أشهر ستة أشهر. فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهراً ويقيمون

أربعة ويسيرون شهراً راجعين. وسئل أحمد كم للرجل أن يغيب عن أهله؟ قال: يروى ستة أشهر وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر لا بد له فإن غاب أكثر من ذلك لغير عذر فقال بعض أصحابنا: يراسله الحاكم فإن أبى أن يقدم فسخ نكاحه ومن قال لا يفسخ نكاحه إذا ترك الوطء وهو حاضر فها هنا أولى وفي جميع ذلك لا يجوز الفسخ عند من يراه إلا بحكم حاكم لأنه مختلف فيه.

فصل: وسئل أحمد يؤجر الرجل أن يأتي أهله وليس له شهوة؟ فقال إي والله يحتسب الولد وإن لم يرد الولد يقول هذه امرأة شابة لم لا يؤجر؟ وهذا صحيح فإن أبا ذر روى أن رسول الله ﷺ قال: «مباضعتك أهلك صدقة. قلت يارسول الله أنصيب شهوتنا ونؤجر؟ قال: أرأيت لو وضعه في غير حقه كان عليه وزر؟ قال قلت بلى قال ـ أفتحتسبون بالسيئة ولا تحتسبون بالخير» ولأنه وسيلة إلى الولد وإعفاف نفسه وامرأته وغض بصره وسكون نفسه أو إلى بعض ذلك.

فصل: وليس عليه التسوية بين نسائه في النفقة والكسوة إذا قام بالواجب لكل واحدة منهن قال أحمد في الرجل له امرأتان: له أن يفضل إحداهما على الأخرى في النفقة والشهوات والكسي إذا كانت الأخرى في كفاية ويشتري لهذه أرفع من ثوب هذه وتكون تلك في كفاية وهذا لأن التسوية في هذا كله تشق فلو وجب لم يمكنه القيام به إلا بحرج فسقط وجوبه كالتسوية في الوطء.

مسألة: قال: (وعماد القسم الليل)

لا خلاف في هذا وذلك لأن الليل للسكن والإيواء يأوي فيه الإنسان إلى منزله ويسكن إلى أهله وينام في فراشه مع زوجته عادة، والنهار للمعاش والخروج والتكسب والاشتغال. قال الله تعالى: ﴿وَجَعَلَ ٱللَّيْلَ سَكَنًا﴾ [الأنعام: ٩٦] وقال تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا ٱلَّيْلَ لِبَاسًا ۝ وَجَعَلْنَا ٱلنَّهَارَ مَعَاشًا﴾ [النبأ: ١٠، ١١] وقال ﴿وَمِن رَّحْمَتِهِۦ جَعَلَ لَكُمُ ٱلَّيْلَ وَٱلنَّهَارَ لِتَسْكُنُوا۟ فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [القصص: ٧٣] فعلى هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة وليلة ويكون في النهار في معاشه وقضاء حقوق الناس وما شاء مما يباح له إلا أن يكون ممن معاشه بالليل كالحراس ومن أشبههم فإنه يقسم بين نسائه بالنهار ويكون الليل في حقه كالنهار في حق غيره.

فصل: والنهار يدخل في القسم تبعاً لليل بليل ما روي أن سودة وهبت يومها لعائشة متفق عليه وقالت عائشة: «قبض رسول الله ﷺ في بيتي وفي يومي وإنما قبض النبي ﷺ نهاراً ويتبع اليومُ الليلة الماضية ولأن النهار تابع لليل ولهذا يكون أول الشهر الليل ولو نذر اعتكاف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذي قبله. ويخرج منه بعد غروب شمس آخر يوم منه فيبدأ بالليل وإن أحب أن يجعل النهار مضافاً إلى الليل الذي يتعقبه جاز، لأن ذلك لا يتفاوت.

فصل: فإن خرج من عند بعض نسائه في زمانها، فإن كان ذلك في النهار أو الليل أو آخره الذي جرت العادة بالانتشار فيه والخروج إلى الصلاة، جاز. فإن المسلمين يخرجون لصلاة العشاء ولصلاة الفجر قبل طلوعه، وأما النهار، فهو للمعاش والانتشار، وإن خرج في غير ذلك ولم يلبث أن عاد، لم يقض لها لأنه لا فائدة في قضاء ذلك، وإن أقام قضاه لها، سواء كانت إقامته لعذر من شغل أو حبس، أو لغير عذر، لأن حقها قد فات بغيبته عنها، وإن أحب أن يجعل قضاءه لذلك غيبته عن الأخرى مثل ما غاب عن هذه، جاز، لأن التسوية تحصل بذلك، ولأنه إذا جاز له ترك الليلة بكمالها في حق كل واحدة منهما، فبعضها أولى ويستحب أن يقضي لها في مثل ذلك الوقت لأنه أبلغ في المماثلة، والقضاء تعتبر المماثلة فيه كقضاء العبادات والحقوق، وإن قضاه في غيره من الليل مثل: أن فاتها في أول الليل، فقضاه في آخره، أو من آخره فقضاه في أوله ففيه وجهان: **أحدهما**: يجوز، لأنه قد قضى قدر ما فاته من الليل، **والآخر**: لا يجوز لعدم المماثلة. إذا ثبت هذا، فإنه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الأخرى لئلا يفوت حق الأخرى فتحتاج إلى قضاء، ولكن إما أن ينفرد بنفسه في ليلة فيقضي منها، وإما أن يقسم ليلة بينهن، ويفضل هذه بقدر ما فات من حقها، وإما أن يترك من ليلة كل واحدة مثل ما فات من ليلة هذه، وإما أن يقسم المتروك بينهما مثل أن يترك من ليلة إحداهما ساعتين، فيقضي لها من ليلة الأخرى ساعة واحدة، فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة.

فصل: وأما الدخول على ضرتها في زمنها، فإن كان ليلاً لم يجز إلا لضرورة مثل أن يكون منزولاً بها، فيريد أن يحضرها، أو توصي إليه، أو ما لا بد منه، فإن فعل ذلك، ولم يلبث أن خرج لم يقض، وإن أقام وبرئت المرأة المريضة، قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها، وإن خرج لحاجة غير ضرورية أثم والحكم في القضاء، كما لو دخل لضرورة لأنه لا فائدة في قضاء اليسير، وإن دخل عليها فجامعها في زمن يسير، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه قضاؤه، لأن الوطء لا يستحق في القسم، والزمن اليسير لا يقضى.
والثاني: يلزمه أن يقضيه، وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة المجامعة، فيجامعها ليعدل بينهما، ولأن اليسير مع الجماع يحصل به السكن، فأشبه الكثير، وأما الدخول في النهار إلى المرأة في يوم غيرها، فيجوز للحاجة من دفع النفقة، أو عيادة أو سؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته أو زيارتها لبعد عهده بها ونحو ذلك، لما روت عائشة قالت: «كان رسول الله ﷺ يدخل علي في يوم غيري فينال مني كل شيء إلا الجماع»، وإذا دخل إليها لم يجامعها ولم يطل عندها؛ لأن السكن يحصل بذلك وهي لا تستحقه، وفي الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان:

أحدهما: يجوز لحديث عائشة. **والثاني**: لا يجوز، لأنه يحصل لها به السكن فأشبه الجماع، فإن أطال المقام عندها، قضاه، وإن جامعها في الزمن اليسير ففيه وجهان على ما ذكرنا، ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا، إلا أنهم قالوا: لا يقضي إذا جامع في النهار.

ولنا: إنه زمن من يقضيه إذا طال المقام فيقضيه إذا جامع فيه كالليل.

فصل: والأولى أن يكون لكل واحدة منهن مسكن يأتيها فيه، لأن رسول الله ﷺ كان يقسم هكذا، ولأنه أصون لهن وأستر حتى لا يخرجن من بيوتهن، وإن اتخذ لنفسه منزلاً يستدعي إليه كل واحدة منهن في ليلتها ويومها كان له ذلك، لأن للرجل نقل زوجته حيث شاء، ومن امتنعت منهن من إجابته سقط حقها من القسم لنشوزها، وإن اختار أن يقصد بعضهن في منازلهن ويستدعي البعض، كان له ذلك، لأن له أن يسكن كل واحدة منهن حيث شاء، وإن حبس الزوج فأحب القسم بين نسائه، بأن يستدعي كل واحدة في ليلتها، فعليهن طاعته، إن كان ذلك سكنى مثلهن، وإن لم يكن لم تلزمهن إجابته، لأن عليهن في ذلك ضرراً، وإن أطعنه لم يكن له أن يترك العدل بينهن، ولا استدعاء بعضهن دون بعض كما في غير الحبس.

مسألة: قال: (ولو وطىء زوجته ولم يطأ الأخرى فليس بعاص)

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أنه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع وهو مذهب مالك والشافعي، وذلك لأن الجماع طريقة الشهوة والميل، ولا سبيل إلى التسوية بينهن في ذلك، فإن قلبه قد يميل إلى إحداهما دون الأخرى. قال الله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ ٱلنِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [النساء: ١٢٩] قال عبيدة السلماني في الحب والجماع: وإن أمكنت التسوية بينهما في الجماع كان أحسن وأولى، فإنه أبلغ في العدل، وقد كان النبي ﷺ يقسم بينهن فيعدل، ثم يقول: «اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما لا أملك» وروى أنه كان يسوي بينهن حتى في القبل، ولا تجب التسوية بينهن في الاستمتاع بما دون الفرج من القبل واللمس ونحوهما، لأنه إذا لم تجب التسوية في الجماع، ففي دواعيه أولى.

مسألة: قال: (ويقسم لزوجته الأمة ليلة، وللحرة ليلتين وإن كانت كتابية)

وبهذا قال علي بن أبي طالب، وسعيد بن المسيب، ومسروق والشافعي، وإسحاق وأبو عبيد، وذكر أبو عبيد أنه مذهب الثوري والأوزاعي وأهل الرأي، وقال مالك في إحدى الروايتين عنه: يسوي بين الحرة والأمة في القسم لأنهما سواء في حقوق النكاح من النفقة، والسكنى، وقسم الابتداء كذلك ها هنا.

ولنا: ما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول: «إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين». رواه الدارقطني واحتج به أحمد، ولأن الحرة يجب تسليمها ليلاً ونهاراً، فكان حظها أكثر في الإيواء ويخالف النفقة والسكنى فإنه مقدر بالحاجة، وحاجتها إلى ذلك كحاجة الحرة، وأما قسم الابتداء، فإنما شرع ليزول الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه، ولا يختلفان في ذلك وفي مسألتنا يقسم لهما لتساوي حظهما.

فصل: والمسلمة والكتابية سواء في القسم، فلو كان له امرأتان، أمة مسلمة وحرة كتابية قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين، وإن كانتا جميعاً حرتين فليلة وليلة. قال ابن المنذر: أجمع كل

من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء، كذلك قال سعيد بن المسيب، والحسن والشعبي، والنخعي والزهري، والحكم وحماد ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، وذلك لأن القسم من حقوق الزوجية، فاستوت فيه المسلمة والكتابية، كالنفقة والسكنى، ويفارق الأمة، لأن الأمة لا يتم تسليمها، ولا يحصل لها الإيواء التام بخلاف الكتابية.

فصل: فإن أعتقت الأمة في أثناء مدتها أضاف إلى ليلتها ليلة أخرى لتساوي الحرة، وإن كان بعد انقضاء مدتها استؤنف القسم متساوياً، ولم يقض لها ما مضى لأن الحرية حصلت بعد استيفاء حقها وإن عتقت، وقد قسم للحرة ليلة لم يزدها على ذلك لأنهما تساويا فيسوي بينهما.

فصل: والحق في القسم للأمة دون سيدها فلها أن تهب ليلتها لزوجها ولبعض ضرائرها، كالحرة، وليس لسيدها الاعتراض عليها، ولا أن يهبه دونها، لأن الإيواء والسكن حق لها دون سيدها، فملكت إسقاطه، وذكر القاضي: أن قياس قول أحمد أنه يستأذن سيد الأمة في العزل عنها، أن لا تجوز هبتها لحقها من القسم إلا بإذنه ولا يصح هذا، لأن الوطء لا يتناوله القسم فلم يكن للولي فيه حق، ولأن المطالبة بالفيئة للأمة دون سيدها، وفسخ النكاح بالجب والعنة لها دون سيدها، فلا وجه لإثبات الحق له ها هنا.

فصل: ولا قسم على الرجل في ملك يمينه فمن كان له نساء وإماء فله الدخول على الإماء كيف شاء، والاستمتاع بهن إن شاء كالنساء، وإن شاء أقل، وإن شاء أكثر، وإن شاء ساوى بين الإماء، وإن شاء فضل، وإن شاء استمتع من بعضهن دون بعض، بدليل قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣] وقد كان للنبي ﷺ مارية القبطية، وريحانة، فلم يكن يقسم لهما، ولأن الأمة لا حق لها في الاستمتاع. ولذلك لا يثبت لها الخيار بكون السيد مجبوباً أو عنيناً، ولا تضرب لها مدة الإيلاء، لكن إن احتاجت إلى النكاح فعليه إعفافها، إما بوطئها أو تزويجها أو بيعها.

فصل: ويقسم بين نسائه ليلة ليلة، فإن أحب الزيادة على ذلك، لم يجز إلا برضاهن، وقال القاضي: له أن يقسم ليلتين ليلتين وثلاثاً ثلاثاً، ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن، والأولى مع هذا ليلة وليلة لأنه أقرب لعهدهن به، وتجوز الثلاث لأنها في حد القلة، فهي كالليلة، وهذا مذهب الشافعي.

ولنا: إن النبي ﷺ إنما قسم ليلة وليلة ولأن التسوية واجبة وإنما جوزت البداءة بواحدة لتعذر الجمع فإذا بات عند واحدة ليلة تعينت الليلة الثانية حقاً للأخرى فلم يجز جعلها للأولى بغير رضاها ولأنه تأخير لحقوق بعضهن فلم يجز بغير رضاهن كالزيادة على الثلاث، ولأنه إذا كان له أربع نسوة فجعل لكل واحدة ثلاثاً حصل تأخير الأخيرة في تسع ليال وذلك كثير فلم يجز كما لو كان له امرأتان فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعاً. ولأن للتأخير آفات فلا يجوز مع إمكان

التعجيل بغير رضا المستحق كتأخير الدين الحال والتحديد بالثلاث تحكم لا يسمع من غير دليل وكونه في حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالديون الحالة وسائر الحقوق.

فصل: فإن قسم لإحداهما ثم طلق الأخرى قبل قسمها أثم لأنه فوت حقها الواجب لها فإن عادت إليه برجعة أو نكاح قضى لها لأنه قدر على إيفاء حقها فلزمه كالمعسر إذ أيسر بالدين فإن قسم لإحداهما ثم جاء ليقسم للثانية فأغلقت الباب دونه أو منعته من الاستمتاع بها أو قالت لا تدخل علي أو لا تبت عندي أو ادعت الطلاق سقط حقها من القسم. فإن عادت بعد ذلك إلى المطاوعة استأنف القسم بينها ولم يقض الناشز لأنها أسقطت حق نفسها، وإن كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة لزمه أن يقيم عند الرابعة عشراً لتساويهن فإن نشزت إحداهن عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها وأقام عند الاثنين ثلاثين ليلة ثم أطاعته الناشز وأراد القضاء للمظلومة فإنه يقسم لها ثلاثاً وللناشز ليلة خمسة أدوار فيكمل للمظلومة خمس عشرة ليلة ويحصل للناشز خمس ثم يستأنف القسم بين الجميع فإن كان له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وظلم الثالثة ثم تزوج جديدة ثم أراد أن يقضي للمظلومة فإنه يخص الجديدة بسبع إن كانت بكراً وثلاث إن كانت ثيباً لحق العقد ثم يقسم بينها وبين المظلومة خمسة أدوار على ما قدمنا للمظلومة من كل دور ثلاثاً وواحدة للجديد.

فصل: فإن كان امرأتاه في بلدين فعليه العدل بينهما لأنه اختار المباعدة بينهما فلا يسقط حقهما عنه بذلك فإما أن يمضي إلى الغائبة في أيامها، وإما أن يقدمها إليه ويجمع بينهما في بلد واحد فإن امتنعت من القدوم مع الإمكان سقط حقها لنشوزها، وإن أحب القسم بينهما في بلديهما لم يمكن أن يقسم ليلة وليلة فيجعل المدة بحسب ما يمكن كشهر وشهر وأكثر أو أقل على حسب ما يمكنه وعلى حسب تقارب البلدين وتباعدهما.

فصل: ويجوز للمرأة أن تهب حقها من القسم لزوجها أو لبعض ضرائرها أو لهن جميعاً، ولا يجوز إلا برضى الزوج لأن حقه في الاستمتاع بها لا يسقط إلا برضاه فإذا رضيت هي والزوج جاز لأن الحق في ذلك لهما لا يخرج عنهما فإن أبت الموهوبة قبول الهبة لم يكن لها ذلك لأن حق الزوج في الاستمتاع بها ثابت في كل وقت إنما منعته المزاحمة بحق صاحبتها فإذا زالت المزاحمة بهبتها ثبت حقه في الاستمتاع بها، وإن كرهت كما لو كانت منفردة. وقد ثبت «أن سودة وهبت يومها لعائشة فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة» متفق عليه، ويجوز ذلك في جميع الزمان وفي بعضه فإن سودة وهبت يومها في جميع زمانها، وروى ابن ماجة عن عائشة أن رسول الله ﷺ وجد على صفية بنت حيي في شيء فقالت صفية لعائشة هل لك أن ترضي عني رسول الله ﷺ ولك يومي؟ فأخذت خماراً مصبوغاً بزعفران فرشته ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت إلى جنب النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «إليك يا عائشة إنه ليس يومك» قالت ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء فأخبرته بالأمر فرضي عنها. فإذا ثبت هذا فإن وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهن كما لو طلق الواهبة، وإن وهبتها للزوج فله جعلها لمن شاء

لأنه لا ضرر على الباقيات في ذلك إن شاء جعلها للجميع وإن شاء خص بها واحدة منهن، وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض وإن وهبتها لواحدة منهن كفعل سودة جاز، ثم إن كانت تلك الليلة تلي ليلة الموهوبة والى بينهما، وإن كانت لا تليها لم يجز له الموالاة بينهما إلا برضاء الباقيات، ويجعلها لها في الوقت الذي كان للواهبة لأن الموهوبة قامت مقام الواهبة في ليلتها فلم يجز تغييرها عن موضعها كما لو كانت باقية للواهبة، ولأن في ذلك تأخير حق غيرها وتغييراً لليلتها بغير رضاها فلم يجز، وكذلك الحكم إذا وهبتها للزوج فآثر بها امرأة منهن بعينها. وفيه وجه آخر أنه يجوز الموالاة بين الليلتين لعدم الفائدة في التفريق. والأول أصح وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها. ومتى رجعت الواهبة في ليلتها فلها ذلك في المستقبل لأنها هبة لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى لأنه بمنزلة المقبوض، ولو رجعت في بعض الليل كان على الزوج أن ينتقل إليها فإن لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقبض لها شيئاً لأن التفريط منها.

فصل: فإن بذلت ليلتها بمال لم يصح لأن حقها في كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابلته بمال فإذا أخذت عليه مالاً لزمها رده وعليه أن يقضي لها لأنها تركته بشرط العوض ولم يلم لها وإن كان عوضها غير المال مثل إرضاء زوجها أو غيره عنها جاز فإن عائشة أرضت رسول الله ﷺ عن صفية وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله ﷺ فلم ينكره.

مسألة: قال: (وإذا سافرت زوجته بإذنه فلا نفقة لها ولا قسم وإن كان هو أشخصها فهي على حقها من ذلك)

وجملة الأمر أنها إذا سافرت في حاجتها بإذن زوجها لتجراة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة لم يبق لها حق في نفقة ولا قسم. هكذا ذكر الخرقي والقاضي، وقال أبو الخطاب في ذلك وجهان، وللشافعي فيه قولان: أحدهما: لا يسقط حقها لأنها سافرت بإذنه أشبه ما لو سافرت معه.

ولنا: إن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها نسقط كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها. وفارق ما إذا سافرت معه لأنه لم يتعذر ذلك ويحتمل أن يسقط القسم وجهاً واحداً لأنه لو سافر عنها لسقط قسمها والتعذر من جهته فإذا تعذر من جهتها بسفرها كان أولى ويكون في النفقة الوجهان وفي هذا تنبيه على سقوطهما إذا سافرت بغير إذنه فإنه إذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى وهذا لا خلاف فيه نعلمه. فأما إن أشخصها وهو يبعثها لحاجته أو يأمرها بالنقلة من بلدها لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم لأنها لم تفوت عليه التمكين ولا فات من جهتها وإنما حصل بتفويته فلم يسقط حقها كما لو أتلف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه إليه، فعلى هذا يقضي لها بحسب ما أقام عند ضرتها وإن سافرت معه فهي على حقها منهما جميعاً.

مسألة: قال: (وإذا أراد سفراً فلا يخرج معه منهن إلا بقرعة فإذا قدم ابتدأ القسم بينهن)

وجملته أن الزوج إذا أراد سفراً فأحب حمل نسائه معه كلهن أو تركهن كلهن لم يحتج إلى قرعة لأن القرعة لتعيين المخصوصة منهن بالسفر وها هنا قد سوى، وإن أراد السفر ببعضهن لم يجز له أن يسافر بها إلا بقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكي عن مالك أن له ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فإن عائشة روت: «أن النبي ﷺ كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه وأيتهن خرج سهمها خرج بها معه» متفق عليه. ولأن في المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلاً لها وميلاً إليها فلم يجز بغير قرعة كالبداية بها في القسم.

وإن أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضاً فقد روت عائشة: «أن النبي ﷺ كان إذا خرج أقرع بين نسائه فصارت القرعة لعائشة وحفصة رواه البخاري. ومتى سافر بأكثر من واحدة سوى بينهن كما يسوي بينهن في الحضر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد قدومه، وهذا معنى قول الخرقي فإذا قدم ابتدأ القسم بينهن وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن داود أنه يقضي لقول الله تعالى: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ﴾ [النساء: ١٢٩].

ولنا: إن عائشة لم تذكر قضاء في حديثها، ولأن هذه التي سافر بها يلحقها من مشقة السفر بإزاء ما حصل لها من السكن، ولا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل في الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل، لكن إن سافر بإحداهن بغير قرعة أثم وقضى للبواقي بعد سفره، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك: لا يقضي. لأن قسم الحضر ليس بمثل قسم السفر فيتعذر القضاء.

ولنا: إنه خص بعضهن بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزمه القضاء كما لو كان حاضراً.

إذا ثبت هذا: فينبغي أن لا يلزمه قضاء المدة وإنما يقضي منها ما أقام منها معها بمبيت ونحوه فأما زمان السير فلم يحصل لها منه إلا التعب والمشقة فلو جعل للحاضرة في مقابلة ذلك مبيتاً عندها واستمتاعاً بها لمال كل الميل.

فصل: إذا خرجت القرعة لإحداهن لم يجب عليه السفر بها وله تركها والسفر وحده لأن القرعة لا توجب وإنما تعين من تستحق التقديم وإن أراد السفر بغيرها لم يجز، لأنها تعينت بالقرعة فلم يجز العدول عنها إلى غيرها. وإن وهبت حقها من ذلك لغيرها جاز إذا رضي الزوج، لأن الحق لها فصحت هبتها له كما لو وهبت ليلتها في الحضر، ولا يجوز بغير رضا الزوج لما ذكرنا في هبة الليلة في الحضر، وإن وهبته للزوج أو للجميع جاز، وإن امتنعت من السفر معه سقط حقها إذا رضي الزوج، وإن أبى فله إكراهها على السفر معه لما ذكرنا، وإن رضي بذلك استأنف القرعة بين البواقي، وإن رضي الزوجات كلهن بسفر واحدة معه من غير قرعة

جاز، لأن الحق لهن، إلا أن لا يرضى الزوج ويريد غير من اتفقن عليها فيصار إلى القرعة ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين السفر الطويل والقصير لعموم الخبر والمعنى. وذكر القاضي احتمالاً ثانياً أنه يقضي للبواقي في السفر القصير. لأنه في حكم الإقامة وهو وجه لأصحاب الشافعي.

ولنا: إنه سافر بها بقرعة فلم يقض كالطويل، ولو كان في حكم الإقامة لم يجز المسافرة بإحداهن دون الأخرى كما لا يجوز إفراد إحداهن بالقسم دون الأخرى ومتى سافر بإحداهن بقرعة ثم بدا له فأبعد السفر نحو أن يسافر إلى بيت المقدس ثم يبدو له فيمضي إلى مصر فله استصحابها معه لأنه سفر واحدة قد أقرع له، وإن أقام في بلدة مدة إحدى وعشرين صلاة فما دون لم يحتسب عليه بها، لأنه في حكم السفر تجري عليه أحكامه وإن زاد على ذلك قضى الجميع مما أقامه لأنه خرج عن حكم السفر، وإن أزمع على المقام قضى ما أقامه. وإن قل لأنه خرج عن حكم السفر، ثم إذا خرج بعد ذلك إلى بلده أو بلد أخرى لم يقض ما سافره لأنه في حكم السفر الواحد وقد أقرع له.

فصل: إذا أراد الانتقال بنسائه إلى بلد آخر فأمكنه استصحابهن كلهن في سفره فعل ولم يكن له إفراد إحداهن به لأن هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج إلى نقل جميعهن فإن خص إحداهن قضى للباقيات كالحاضر فإن لم يمكنه صحبة جميعهن أو شق عليه ذلك وبعث بهن جميعاً من غيره ممن هو محرم لهن جاز ولا يقضي لأحد ولا يحتاج إلى قرعة، لأنه سوى بينهن، وإن أراد إفراد بعضهن بالسفر معه لم يجز إلا بقرعة، فإذا وصل إلى البلد الذي انتقل إليه فأقامت معه فيه قضى للباقيات مدة كونها معه في البلد خاصة لأنه صار مقيماً وانقطع حكم السفر عنه.

فصل: إذا كانت له امرأة فتزوج أخرى، وأراد السفر بهما جميعاً قسم للجديدة سبعاً إن كانت بكراً، وثلاثاً إن كانت ثيباً، ثم يقسم بعد ذلك بينها وبين القديمة. وإن أراد السفر بإحداهما أقرع بينهما، فإن خرجت قرعة الجديدة سافر بها معه، ودخل حق العقد في قسم السفر، لأنه نوع قسم. وإن وقعت القرعة للأخرى سافر بها، فإن حضر قضى للجديدة حق العقد، لأنه سافر بعد وجوبه عليه وإن تزوج اثنتين وعزم على السفر أقرع بينهما فسافر بالتي تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد في قسم السفر، فإذا قدم قضى للثانية حق العقد في أحد الوجهين، لأنه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده إليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بالأخرى معه، والثاني: لا يقضيه، لئلا يكون تفضيلاً لها على التي سافر بها، لأنه لا يحصل للمسافرة من الإيواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل في الحضر فيكون ميلاً فيتعذر قضاؤه فإن قدم من سفره قبل مضي مدة ينقضي فيها حق عقد الأولى أتمه في الحضر وقضى للحاضرة مثله وجهاً واحداً وفيما زاد الوجهان.

ويحتمل في المسألة الأولى وجهاً ثالثاً، وهو أن يستأنف قضاء حق العقد لكل واحدة منهما، ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد، وهذا أقرب إلى الصواب من إسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط.

مسألة: قال: (وإذا أعرس عند بكر أقام عندها سبعاً ثم دار ولا يحتسب عليها بما أقام عندها، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ثم دار ولا يحتسب عليها أيضاً بما أقام عندها)

متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبعاً إن كانت بكراً ولا يقضيها للباقيات، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ولا يقضيها إلا أن تشاء هي أن يقيم عندها سبعاً فإنه يقيمها عندها ويقضي الجميع للباقيات. روي ذلك عن أنس، وبه قال الشعبي والنخعي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وابن المنذر، وروي عن سعيد بن السيب والحسن وخلاس بن عمرو ونافع مولى ابن عمر: للبكر ثلاث وللثيب ليلتان، ونحوه قال الأوزاعي، وقال الحكم وحماد وأصحاب الرأي: لا فضل للجديدة في القسم، فإن أقام عندها شيئاً قضاه للباقيات، لأنه فضلها بمدة فوجب قضاؤها كما لو أقام عند الثيب سبعاً.

ولنا: ما روى أبو قلابة عن أنس قال: من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم، قال أبو قلابة: لو شئت لقلت إن أنساً رفعه إلى النبي ﷺ متفق عليه، وعن أم سلمة أن رسول الله ﷺ لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثاً وقال: «ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبعت لكِ. وإن سبعت لكِ سبعت لنسائي» رواه مسلم. وفي لفظ وإن شئت ثلثت ثم درت وفي لفظ «وإن شئت زرتك ثم حاسبتك به للبكر سبع وللثيب ثلاث» وفي لفظ رواه الدارقطني «إن شئت أقمت عندك ثلاثاً خالصة لك، وإن شكت سبعت لك ثم سبعت لنسائي» وهذا يمنع قياسهم ويقدم عليه، قال ابن عبد البر الأحاديث المرفوعة في هذا الباب على ما قلناه وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من أدلى بالسنة.

فصل: والأمة والحرة في هذا سواء، ولأصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه أحدها: كقولنا. **والثاني**: الأمة على النصف من الحرة كسائر القسم. **والثالث**: للبكر من الإماء أربع وللثيب ليلتان تكميلاً لبعض الليلة.

ولنا: عموم قوله عليه السلام: «للبكر سبع وللثيب ثلاث» ولأنه يراد للأنس وإزالة الاحتشام والأمة والحرة سواء في الحاجة إليه فاستويا فيه كالنفقة.

فصل: يكره أن يزف إليه امرأتان في ليلة واحدة، أو في مدة حق عقد إحداهما لأنه لا يمكنه أن يوفيهما حقهما، وتستضر التي لا يوفيها حقها وتستوحش، فإن فعل فأدخلت إحداهما قبل الأخرى بدأ بها فوفاها حقها ثم عاد فوفى الثانية ثم ابتدأ القسم، وإن زفت الثانية في أثناء

مدة حق العقد أتمه للأولى ثم قضى حق الثانية. وإن أدخلتا عليه جميعاً في مكان واحد أقرع بينهما وقدم من خرجت لها القرعة منهما ثم وفى الأخرى بعدها.

فصل: وإذا كانت عنده امرأتان فبات عند إحداهما ليلة، ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المزفوفة بلياليها لأن حقها آكد لأنه ثبت بالعقد، وحق الثانية ثبت بفعله. فإذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوفاها ليلتها ثم يبيت عند الجديدة ثم يبتدىء القسم: وذكر القاضي: أنه إذا وفى الثانية ليلتها بات عند الجديدة نصف ليلة ثم يبتدىء القسم. لأن الليلة التي يوفيها للثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الأخرى، فيثبت للجديدة في مقابلة ذلك نصف ليلة بإزاء ما حصل لكل واحدة من ضرتيها. وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه في نصف ليلة وفيه حرج، فإنه ربما لا يجد مكاناً ينفرد فيه، أو لا يقدر على الخروج إليه في نصف الليلة أو المجيء منه، وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وفاء بحقها بدون هذا الحرج فيكون أولى إن شاء الله.

فصل: وحكم السبعة والثلاثة التي يقيمها عند المزفوفة حكم سائر القسم في أن عماده الليل، وله الخروج نهاراً لمعاشه وقضاء حقوق الناس، وإن تعذر عليه المقام عندها ليلاً لشغل أو حبس أو ترك ذلك لغير عذر قضاه لها وله الخروج لصلاة الجماعة فإن النبي ﷺ لم يكن يترك الجماعة لذلك ويخرج لما لا بد له منه. فإن أطال قضاه، وإن كان يسيراً فلا قضاء عليه.

مسألة: قال: (وإذا ظهر منها ما يخاف معه نشوزها وعظها، فإن أظهرت نشوزاً هجرها فإن أردعها وإلا فله أن يضربها ضرباً لا يكون مبرحاً)

معنى النشوز معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته مأخوذ من النشز وهو الارتفاع، فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من طاعته، فمتى ظهرت منها أمارات النشوز مثل أن تتثاقل وتدافع إذا دعاها، ولا تصير إليه إلا بتكره ودمدمة. فإنه يعظها فيخوفها الله سبحانه ويذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة. وما يلحقها من الإثم بالمخالفة والمعصية وما يسقط بذلك من حقوقها من النفقة والكسوة وما يباح له من ضربها وهجرها لقول الله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] فإن أظهرت النشوز، وهي أن تعصيه وتمتنع من فراشه أو تخرج من منزله بغير إذنه فله أن يهجرها في المضجع لقول الله تعالى: ﴿وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾ [النساء: ٣٤] قال ابن عباس: لا تضاجعها في فراشك فأما الهجران في الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام» وظاهر كلام الخرقي أنه ليس له ضربها في النشوز في أول مرة. وقد روي عن أحمد: إذا عصت المرأة زوجها فله ضربها ضرباً غير مبرح. فظاهر هذا إباحة ضربها بأول مرة لقول الله تعالى: ﴿وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] ولأنها صرحت المنع فكان له ضربها كما لو أصرت ولأن عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود ووجه قول الخرقي المقصود زجرها عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ

فيه بالأسهل فالأسهل كمن هجم منزله فأراد إخراجه وأما قوله: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤]، ففيها إضمار تقديره: واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع فإن أصررن فاضربوهن كما قال سبحانه: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣] والذي يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ولا خلاف في أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره، وللشافعي قولان كهذين فإن لم ترتدع بالوعظ والهجر فله ضربها لقوله تعالى: ﴿وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤]وقال النبي ﷺ: «إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح» رواه مسلم معنى غير مبرح أي ليس بالشديد. قال الخلال سألت أحمد بن يحيى عن قوله ضرباً غير مبرح قال غير شديد، وعليه أن يجتنب الوجه والمواضع المخوفة لأن المقصود التأديب لا الإتلاف وقد روى أبو داود عن حكيم في معاوية القشيري عن أبيه قال: قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: «أن يطعمها إذا طعمت، ويكسوها إذا اكتست ولا يقبح ولا يهجر إلا في البيت» وروى عبد الله بن زمعة عن النبي ﷺ قال: «لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها في آخر اليوم ولا يزيد في ضربها على عشرة أسواط لقول رسول الله ﷺ، لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط حدود الله» متفق عليه.

فصل: وله تأديبها على ترك فرائض الله. وسأل اسماعيل بن سعيد أحمد عما يجوز ضرب المرأة عليه قال على فرائض الله. وقال في الرجل له امرأة لا تصلي يضربها ضرباً رفيقاً غير مبرح، وقال علي رضي الله عنه في تفسير قوله تعالى: ﴿قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً﴾ [التحريم: ٦] قال علموهم أدبوهم، وروى أبو محمد الخلال بإسناده عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «رحم الله عبداً علق في بيته سوطاً يؤدب أهله» فإن لم تصل فقد قال أحمد أخشى أن لا يحل لرجل يقيم مع امرأة لا تصلي ولا تغتسل من جنابة ولا تتعلم القرآن قال أحمد في الرجل يضرب امرأته لا ينبغي لأحد أن يسأله ولا أبوها لم ضربتها، والأصل في هذا ما روى الأشعث عن عمر أنه قال: «يا أشعث احفظ عني شيئاً سمعته من رسول الله ﷺ لا تسألن رجلاً فيما ضرب امرأته» رواه أبو داود، ولأنه قد يضربها لأجل الفراش، فإن أخبر بذلك استحيي، وإن أخبر بغيره كذب.

فصل: وإذا خافت المرأة نشوز زوجها وإعراضه عنها لرغبته عنها إما لمرض بها أو كبر أو دمامة فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك لقول الله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً﴾ [النساء: ١٢٨] روى البخاري عن عائشة ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا﴾ [النساء: ١٢٨] قالت هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها تقول له امسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فأنت في حل من النفقة علي والقسمة لي.

وعن عائشة أن سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله ﷺ قالت: «يا رسول الله يومي لعائشة» فقبل ذلك رسول الله ﷺ منها، قالت في ذلك أنزل الله جل ثناؤه وفي أشباهها أراه قال: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً﴾ [النساء: ١٢٨] رواه أبو داود ومتى صالحته على ترك شيء من قسمها أو نفقتها أو على ذلك كله جاز فإن رجعت فلها ذلك، قال أحمد في الرجل يغيب عن امرأته فيقول لها إن رضيت على هذا وإلا فأنت أعلم فتقول قد رضيت فهو جائز فإن شاءت رجعت.

مسألة: قال: (والزوجان إذا وقعت بينهما العداوة وخشي عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها مأمونين برضا الزوجين وتوكيلهما بأن يجمعا إذا رأيا أو يفرقا فما فعلا من ذلك لزمهما)

وجملة ذلك أن الزوجين إذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فإن بان له أنه من المرأة فهو نشوز قد مضى حكمه، وإن بان أنه من الرجل أسكنهما إلى جانب ثقة يمنعه من الإضرار بها والتعدي عليها. وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعد أو ادعى كل واحد منهما أن الآخر ظلمه أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف، فإن لم يتهيأ ذلك وتمادى الشر بينهما وخيف الشقاق عليهما والعصيان بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها فنظر بينهما وفعلا ما يريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِما فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُما﴾ [النساء: ٣٥].

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق لهما إلا بإذنهما، وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي وحكي ذلك عن الحسن وأبي حنيفة لأن البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما والثانية أنهما حاكمان ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما. وروي نحو ذلك عن علي وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي والنخعي و سعيد بن جبير ومالك والأوزاعي وإسحاق وابن المنذر لقول الله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥] فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين ثم قال: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً﴾ [النساء: ٣٥] فخاطب الحكمين بذلك.

وروى أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلماني أن رجلاً وامرأة أتيا علياً مع كل واحد منهما فئام من الناس فقال علي رضي الله عنه ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها فبعثوا حكمين ثم قال علي للحكمين هل تدريان ما عليكما من الحق؟ عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله علي ولي فقال الرجل: أما الفرقة فلا فقال علي: كذبت حتى ترضى بما رضيت به وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك، ويروى أن عقيلاً تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصما فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان فبعث حكماً من أهله

عبد الله بن عباس وحكماً من أهلها معاوية فقال ابن عباس: لأفرقن بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطلحا ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق كما يقضي الدين عنه من ماله إذا امتنع، ويطلق الحاكم على المولى إذا امتنع. إذا ثبت هذا فإن الحكمين لا يكونان إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين لأن هذه من شروط العدالة سواء قلناهما حاكمان أو وكيلان لأن الوكيل إذا كان متعلقاً بنظر الحاكم لم يجز أن يكون إلا عدلاً كما لو نصب وكيلاً لصبي أو مفلس ويكونان ذكرين لأنه مفتقر إلى الرأي والنظر قال القاضي ويشترط كونهما حرين وهو مذهب الشافعي لأن العبد عنده لا تقبل شهادته فتكون الحرية من شروط العدالة والأولى إن كانا وكيلين لم تعتبر الحرية لأن توكيل العبد جائز وإن كانا حكمين اعتبرت الحرية لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق لأنهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به والأولى أن يكونا من أهلهما لأمر الله تعالى بذلك ولأنهما أشفق وأعلم بالحال فإن كانا من غير أهلهما جاز لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك إرشاداً واستحباباً فإن قلناهما وكيلان فلا يفعلان شيئاً حتى يأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أو صلح وتأذن المرأة لوكيلها في الخلع والصلح على ما يراه فإن امتنعا من التوكيل لم يجبر أو إن قلنا إنهما حكمان فإنهما يمضيان ما يريانه من طلاق وخلع فينفذ ذلك عليهما رضياه أو أبياه.

فصل: فإن غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث حكمين جاز للحكمين إمضاء رأيهما إن قلنا إنهما وكيلان لأن الوكالة لا تبطل بالغيبة وإن قلنا إنهما حاكمان لم يجز لهما إمضاء الحكم لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا قد وكلاهما فيفعلان دلك بحكم التوكيل لا بالحكم وإن كان أحدهما قد وكل جاز لوكيله فعل ما وكله فيه مع غيبته وإن جن أحدهما بطل حكم وكيله لأن الوكالة تبطل بجنون الموكل وإن كان حاكماً كما لم يجز له الحكم لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعين ولا يتحقق ذلك مع الجنون.

فصل: فإن شرط الحكمان شرطاً أو شرطه الزوجان لم يلزم مثل أن يشترط ترك بعض النفقة والقسم لم يلزم الوفاء به لأنه لم يلزم برضى الموكلين فبرضى الوكيلين أولى وإن أبرأ وكيل المرأة من الصداق أو دين لها لم يبرأ للزوج إلا في الخلع وإن أبرأ وكيل الزوج من دين له أو من الرجل لم تبرأ الزوجة لأنهما وكيلان فيما يتعلق بالإصلاح لها في إسقاط الحقوق.

كتاب الخلع

مسألة: قال: (والمرأة إذا كانت مبغضة للرجل وتكره أن تمنعه ما تكون عاصية بمنعه فلا بأس أن تفتدي نفسها منه)

وجملة الأمر: أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خُلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[البقرة: ٢٢٩] وروي أن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله ﷺ: «ما شأنك؟ قالت لا أنا ولا ثابت لزوجها فلما جاء ثابت قال له رسول الله ﷺ «هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاءالله أن تذكر» وقالت حبيبة يا رسول الله ﷺ كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله ت لثابت بن قيس «خذ منها» فأخذ منها وجلست في أهلها» وهذا حديث صحيح ثابت الإسناد رواه الأئمة مالك وأحمد وغيرهما وفي رواية البخاري قال جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟» فقالت نعم فردتها عليه وأمره ففارقها وفي رواية فقال له: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة» وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام. قال ابن عبد البر: ولا نعلم أحداً خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ﴾[النساء: ٢٠] الآية وروي عن ابن سيرين وأبي قلابة أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [النساء: ١٩].

ولنا: الآية التي تلوناها والخبر وأنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة لم نعرف لهم في عصرهم مخالفا فيكون إجماعاً، ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شيء من ذلك.

إذا ثبت هذا فإن هذا يسمى خلعاً لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها قال الله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾ [البقرة: ١٨٧] ويسمى افتداء لأنها تفتدي نفسها بمال تبذله قال الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيما ٱفْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

فصل: ولا يفتقر الخلع إلى حاكم. نص عليه أحمد فقال يجوز الخلع دون السلطان، وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وبه قال شريح والزهري ومالك والشافعي وإسحاق وأهل الرأي وعن الحسن وابن سيرين لا يجوز إلا عند السلطان.

ولنا: قول عمر وعثمان ولأنه معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح، ولأنه قطع عقد بالتراضي أشبه الإقالة.

فصل: ولا بأس بالخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه. لأن المنع من الطلاق في الحيض من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلاهما بأدناهما ولذلك لم يسأل النبي ﷺ المختلعة عن حالها، ولأن ضرر تطويل العدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به ودليلاً على رجحان مصلحتها فيه.

مسألة: قال: (ولا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها)

هذا القول يدل على صحة الخلع بأكثر من الصداق وأنهما إذا تراضيا على الخلع بشيء صح وهذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة بن ذؤيب والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزاً، وقال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب لا يأخذ أكثر مما أعطاها، وروي ذلك عن علي بإسناد منقطع واختاره أبو بكر قال فإن فعل رد الزيادة. وعن سعيد بن المسيب قال: ما أرى أن يأخذ كل مالها ولكن ليدع لها شيئاً واحتجوا بما روي أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت: والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكن أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضاً، فقال لها النبي ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟» قالت نعم، فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد. رواه ابن ماجة ولأنه بدل في مقابلة فسخ فلم يزد على قدره في ابتداء العقد كالعوض في الإقالة.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ولأنه قول من سمينا من الصحابة قالت الربيع بنت معوذ: اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي فأجاز

ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه ومثل هذا يشتهر فلم ينكر فيكون إجماعاً ولم يصح عن علي خلافه فإذا ثبت هذا فإنه لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها وبذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماد وإسحاق وأبو عبيده فإن فعل جاز مع الكراهة ولم يكرهه أبو حنيفة ومالك والشافعي قال مالك لم أزل أسمع إجازة الفداء بأكثر من الصداق.

ولنا: حديث جميلة. وروي عن عطاء عن النبي ﷺ أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها. رواه أبو حفص بإسناده وهو صريح في الحكم فنجمع بين الآية والخبر فنقول الآية دالة على الجواز والنهي عن الزيادة للكراهة والله أعلم.

مسألة: قال: (ولو خالعته لغير ما ذكرنا كره لها ذلك ووقع الخلع)

في بعض النسخ بغير ما ذكرنا بالباء فيحتمل أنه أراد بأكثر من صداقها وقد ذكرنا ذلك في المسألة التي قبل هذه، والظاهر أنه أراد إذا خالعته لغير بغض وخشية من أن لا تقيم حدود الله لأنه لو أراد الأول لقال كره له فلما قال كره لها دل على أنه أراد مخالعتها له والحال عامرة والأخلاق ملتئمة فإنه يكره لها ذلك فإن فعلت صح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والثوري ومالك والأوزاعي والشافعي، ويحتمل كلام أحمد تحريمه فإنه قال الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر، فهذا الخلع، وهذا يدل أنه لا يكون الخلع صحيحاً إلا في هذه الحال وهذا قول ابن المنذر وداود، وقال ابن المنذر وروي معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم، وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. وروى ثوبان قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة» رواه أبو داود. وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «المختلعات والمنتزعات هن المنافقات» رواه أبو حفص ورواه أحمد في المسند وذكره محتجاً به، وهذا يدل على تحريم الخالعة لغير حاجة ولأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة فحرم لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار» واحتج من أجازه بقول الله سبحانه: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾ [النساء: ٤] قال ابن المنذر لا يلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة بدليل الربا حرمه الله في العقد وأباحه في الهبة والحجة مع من حرمه وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمه على عموم آية الجواز مع ما عضدها من الأخبار والله أعلم.

فصل: فأما إن عضل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود، روي ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم بن محمد وعروة وعمرو بن شعيب

وحميد بن عبد الرحمن والزهري وبه قال مالك والثوري وقتادة والشافعي وإسحاق، وقال أبو حنيفة: العقد صحيح والعوض لازم وهو آثم عاص.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقال الله تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا ٱلنِّسَاءَ كَرهاً وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾ [النساء: ١٩] ولأنه عوض أكرهن على بذله بغير حق فلم يستحق كالثمن في البيع والأجر في الإجارة. وإذا لم يملك العوض وقلنا الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض فإن كان أقل من ثلاث فله رجعتها لأن الرجعة إنما سقطت بالعوض فإذا سقط العوض ثبتت الرجعة، وإن قلنا هو فسخ ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء لأن الخلع بغير عوض لا يقع على إحدى الروايتين، وعلى الرواية الأخرى إنما رضي بالفسخ ها هنا بالعوض فإذا لم يحصل له العوض لا يحصل المعوض. وقال مالك: إن أخذ منها شيئاً على هذا الوجه رده، ومضي الخلع عليه ويتخرج لنا مثل ذلك إذا قلنا يصح الخلع بغير عوض.

فصل: فأما إن ضربها على نشوزها ومنعها حقها لم يحرم خلعها لذلك لأن ذلك لا يمنعهما أن يخافا أن لا يقيما حدود الله، وفي بعض حديث حبيبة أنها كانت تحت ثابت بن قيس فضربها فكسر ضلعها فأتت النبي ﷺ فدعا النبي ﷺ ثابتاً فقال: «خذ بعض مالها وفارقها ففعل» رواه أبو داود وهكذا لو ضربها ظلماً لسوء خلقه أو غيره لا يريد بذلك أن تفتدي نفسها لم يحرم عليه مخالعتها لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها ولكن عليه إثم الظلم.

فصل: فإن أتت بفاحشة فعضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت صح الخلع لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [النساء: ١٩] والاستثناء من النهي إباحة ولأنها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه فلا تقيم حدود الله في حقه فتدخل في قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِ﴾[البقرة: ٢٢٩] وهذا أحد قولي الشافعي والقول الآخر لا يصح لأنه عوض أكرهت عليه أشبه ما لو لم تزن والنص أولى.

فصل: إذا خالع زوجته أو بارأها بعوض فإنهما يتراجعان بما بينهما من الحقوق فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر، وإن كانت قبضته كله ردت نصفه، وإن كانت مفوضة فلها المتعة، وهذا قول عطاء والزهري والشافعي، وقال أبو حنيفة ذلك براءة لكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر، وأما الديون التي ليست من حقوق الزوجية فعنه فيها روايتان، ولا تسقط النفقة في المستقبل لأنها ما وجبت بعد.

ولنا: إن المهر حق لا يسقط بالخلع إذا كان بلفظ الطلاق فلا يسقط بلفظ الخلع والمبارأة كسائر الديون ونفقة العدة إذا كانت حاملاً، ولأن نصف المهر الذي يصير له لم يجب له قبل الخلع فلم يسقط بالمبارأة كنفقة العدة، والنصف لها لا يبرأ منه بقولها بارأتك لأن ذلك يقتضي براءتها من حقوقه لا براءته من حقوقها.

مسألة: قال: (والخلع فسخ في إحدى الروايتين، والأخرى أنه تطليقة بائنة)

اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع ففي إحدى الروايتين: أنه فسخ، وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاوس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي، **والرواية الثانية**: أنه طلقة بائنة، روي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وابن أبي نجيح ومالك والأوزاعي والثوري وأصحاب الرأي وقد روي عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم وقال: ليس في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ، واحتج ابن عباس بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ثم قال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ثم قال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقاً لكان أربعاً ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخاً كسائر الفسوخ، ووجه الثانية أنها بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقاً ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها فكان طلاقاً كغير الخلع وفائدة الروايتين أنا إذا قلنا هو طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة فينقص بها عدد طلاقه، وإن خالعها ثلاثاً طلقت ثلاثاً فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره وإن قلنا هو فسخ لم تحرم عليه، وإن خالعها مائة مرة وهذا الخلاف فيم إذا خالعها بغير لفظ الطلاق ولم ينوه، فأما إن بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه، وإن وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق أو لفظ الخلع والمفاداة ونحوهما ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضاً لأنه كناية نوى الطلاق فكانت طلاقاً كما لو كان بغير عوض فإن لم ينو به الطلاق فهو الذي فيه الروايتان والله أعلم.

فصل: وألفاظ الخلع تنقسم إلى صريح وكناية فالصريح ثلاثة ألفاظ خالعتك لأنه ثبت له العرف والمفاداة لأنه ورد به القرآن بقوله سبحانه: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وفسخت نكاحك لأنه حقيقة فيه فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع من غير نية، وما عدا هذه مثل بارأتك وأبرأتك وأبنتك فهو كناية لأن الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق، وهذا قول الشافعي إلا أن له في لفظ الفسخ وجهين فإذا طلبت الخلع وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع وكنايته صح من غير نية لأن دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارفة إليه فأغنى عن النية فيه، وإن لم يكن دلالة حال فأتى بصريح الخلع وقع من غير نية سواء قلنا هو فسخ أو طلاق، ولا يقع بالكناية إلا بنية ممن تلفظ به منهما ككنايات الطلاق مع صريحه والله أعلم.

فصل: ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقوله من غير لفظ الزوج قال القاضي هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون وقد أومأ إليه أحمد وذهب أبو حفص العكبري وابن شهاب إلى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبرا واعترض عليه أبو الحسين بن هرمز واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا فقال ابن شهاب المختلعة على وجهين: مستبرئة

ومفتدية، فالمفتدية هي التي تقول لا أنا ولا أنت ولا أبر لـك قسماً وأنـا أفتدي نفسي منـك فإذا قبـل الفـديـة وأخـذ المـال انفسـخ النكـاح لأن إسحـاق بـن منصـور روى قـال: قلت لأحمد كيـف الخلع؟ قال إذا أخذ المال فهي فرقة، وقال إبراهيم النخعي أخذ المال تطليقة بائنة ونحو ذلك عن الحسن وعن علي رضي الله عنه من قبـل مالاً عـلى فراق فهي تـطليقة بـائنة لا رجعـة لها فيهـا، واحتج بقول النبي ﷺ لجميلة: «أتردين عليه حديقته؟» قـالت نعم ففرق رسـول الله ﷺ بينهما وقال: «خذ ما أعطيتها ولا تزدد ولم يستدع منه لفظاً» ولأن دلالة الحـال تغني عن اللفظ بدليـل ما لو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك فعملاه استحقا الأجرة وإن لم يشترطا عوضاً.

ولنا: إن هذا أحد نوعي الخلع فلم يصح بدون اللفظ كما لو سألته أن يطلقها بعـوض، ولأنه تصرف في البضع بعوض فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق، ولأن أخذ المال قبض لعـوض فلم يقم بمجرده مقـام الإيجاب كقبض أحـد العوضـين في البيـع، ولأن الخلع إن كـان طلاقاً فلا يقع بدون صريحه أو كنايته وإن كـان فسخاً فهـو أحد طـرفي عقد النكـاح فيعتبر فيـه اللفظ كابتداء العقد. وأما حديث جميلة فقد رواه البخاري «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة» وهذا صريح في اعتبار اللفظ، وفي رواية فأمـره ففارقهـا ومن لم يذكـر الفرقـة فإنمـا اقتصر على بعض القصة بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق فإن القصة واحدة والزيادة من الثقـة مقبولـة ويدل على ذلك أنه قال ففرق النبي ﷺ بينهما وقال: «خذ مـا أعطيتهـا» فجعل التفـريق قبل العـوض ونسب التفريق إلى النبي ﷺ، ومعلوم أن النبي ﷺ لا يباشر التفريق فدل على أن النبي ﷺ أمر به ولعل الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكـر اللفظ لأنه معلوم منـه. وعلى هـذا يحمل كـلام أحمد وغيره من الأئمة ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظاً ولا دلالة حال ولا بد منه اتفاقاً.

مسألة: قال: (ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به)

وجملة ذلك أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال وبه قـال ابن عباس وابن الـزبير وعكـرمة وجابر بن زيد والحسن والشعبي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور، وحكي عن أبي حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية والطلاق المرسـل وهو أن يقـول كل امـرأة لي طالق وروي نحـو ذلك عن سعيـد بن المسيب وشريح وطـاوس والنخعي والـزهـري والحكم وحماد والثوري لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة»

ولنا: إنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا نعرف لهما مخالفاً في عصرهمـا، ولأنها لا تحل لـه إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالمطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها ولأنه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية ولأنها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطلق بالكناية فلم يلحقها الصريح المعني كما قبل الدخول ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول: فلانة طالق وحديثهم لا نعرف له أصلاً ولا ذكره أصحاب السنن.

فصل: ولا يثبت في الخلع رجعة سواء قلنا هـو فسخ أو طـلاق في قول أكـثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وطاوس والنخعي والثوري والأوزاعي ومالك والشافعي وإسحاق وحكي

عن الزهري وسعيد بن المسيب أنهما قالا الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة. وقال أبو ثور: إن كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة، لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق.

ولنا: قوله سبحانه: ﴿فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وإنما يكون فداء إذا خرجت به عن قبضته وسلطانه وإذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه، ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر وفارق الولاء فإن العتق لا ينفك منه والطلاق ينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول وإذا أكمل العدد.

فصل: فإن شرط في الخلع أن له الرجعة، فقال ابن حامد يبطل الشرط ويصح الخلع وهو قول أبي حنيفة وأحد الروايتين عن مالك: لأن الخلع لا يفسد يكون عوضه فاسداً فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح ولأنه لفظ يقتضي البينونة فإذا شرط الرجعة معه بطل الشرط كالطلاق الثلاث ويحتمل أن يبطل الخلع وتثبت الرجعة وهو منصوص الشافعي لأن شرط العوض والرجعة متنافيان فإذا شرطاهما سقطا وبقي مجرد الطلاق فتثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط ولأنه شرط في العقد ما ينافي مقتضاه فأبطله كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع، وإذا حكمنا بالصحة فقال القاضي يسقط المسمى في العوض، لأنه لم يرض به عوضاً حتى ضم إليه الشرط فإذا سقط الشرط وجب ضم النقصان الذي نقصه من أجله إليه فيصير مجهولاً فيسقط ويجب المسمى في العقد ويحتمل أن يجب المسمى لأنهما تراضيا به عوضاً فلم يجب غيره كما لو خلا عن شرط الرجعة.

فصل: فإن شرط الخيار لها أوله يوماً أو أكثر وقبلت المرأة صح الخلع وبطل الخيار وبه قال أبو حنيفة فيما إذا كان الخيار للرجل، وقال إذا جعل الخيار للمرأة ثبت لها الخيار ولم يقع الطلاق.

ولنا: إن سبب وقوع الطلاق وجد وهو اللفظ به فوقع كما لو أطلق ومتى وقع فلا سبيل إلى رفعه.

فصل: نقل مهنا في رجل قالت له امرأته اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها وباع العبد قبل أن تقول المرأة شيئاً هو له إنما قالت اجعل أمري بيدي وأعطيك فقيل له متى شاءت تختار؟ قال نعم ما لم يطأها أو ينقض فجعل له الرجوع ما لم تطلق وإذا رجع فينبغي أن ترجع عليه بالعوض لأنه استرجع ما جعل لها فتسترجع منه ما أعطته، ولو قال: إذا جاء رأس الشهر فأمرك بيدك ملك إبطال هذه الصفة لأن هذا يجوز الرجوع فيه لو لم يكن معلقاً فمع التعليق أولى كالوكالة قال أحمد ولو جعلت له امرأته ألف درهم على أن يخيرها فاختارت الزوج لا يرد عليها شيئاً ووجهه أن الألف في مقابلة تمليكه إياها الخيار وقد فعل فاستحق الألف وليست الألف في مقابلة الفرقة.

فصل: إذا قالت امرأته طلقني بدينار فطلقها ثم ارتدت لزمها الدينار ووقع الطلاق بائناً ولا تؤثر الردة لأنها وجدت البينونة، وإن طلقها بعد ردتها وقبل دخوله بها بانت الردة ولم يقع

الطلاق لأنه صادفها بـائناً فـإن كان بعـد الدخـول وقلنا إن الـردة ينفسخ بهـا النكاح في الحـال فكـذلك وإن قلنـا يقف على انقضـاء العدة كـان الطلاق مـراعى فإن أقـامت عـلى ردتهـا حتى انقضت عدتها تبينا أنها لم تكن زوجته حـين طلقها فلم يقـع ولا شيء له عليهـا وإن رجعت إلى الإسلام بان أن الطلاق صادف زوجة فوقع واستحق عليها العوض.

مسألة: قال: (وإن قالت له اخلعني على ما في يدي من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء لزمه ثلاثة دراهم).

وجملة ذلك: أن الخلع بالمجهول جائز وله ما جعل له وهذا قول أصحاب الرأي وقال أبو بكر لا يصح الخلع ولا شيء له لأنه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع وهذا قول أبي ثـور وقال الشافعي يصح الخلع وله مهر مثلها لأنه معاوضة بـالبضع فـإذا كان العوض مجهولاً وجب مهـر المثل كالنكاح.

ولنـا: إن الـطلاق معنى يجـوز تعليقـه بـالشرط فجـاز أن يستحق بـه العـوض المجهـول كالوصية، ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شيء، والاسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح، وإذا صح الخلع فـلا يجب مهر المثـل لأنها لم تبذلـه ولا فوتت عليه ما يوجبه فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لـو أخرجتـه من ملكه بردتهـا أو رضاعهـا لمن يفسخ بـه نكاحهـا لم يجب عليها شيء، ولـو قتلت نفسها أو قتلهـا أجنبي لم يجب للزوج عـوض عن بعضها، ولـو وطئت بشبهة أو مكـرهة لـوجب المهـر لهـا دون الزوج ولو طاوعت لم يكن للزوج شيء وإنما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها إلى ذلك فيكون الواجب ما رضيت ببذله فأما إيجاب شيء لم ترض بـه فلا وجه له، فعلى هذا إن خلعها على ما في يدها من الدراهم صح فإن كان في يدها دراهم فهي له، وإن لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة نص عليه أحمـد لأنه أقـل ما يقـع عليه اسم الـدراهم حقيقة ولفظها دل على ذلك فاستحقه كما لو له بدراهم، وإن كان في يدها أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون له غيره لأنه من الدراهم وهو في يدها، واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة لأن اللفظ يقتضيها فيما إذا لم يكن في يدها شيء فكذلك إذا كان في يدها.

فصل: والخلع على مجهول ينقسم أقساماً. أحدها: أن يخالعها على عدد مجهول من شيء غير مختلف كالدنانير والدراهم كالتي يخالعها على ما في يدها من الدراهم فهي هذه التي ذكر الخرقي حكمها.

الثاني: أن يكون ذلك من شيء مختلف لا يعظم اختلافه مثل أن يخالعها على عبـد مطبق أو عبيد أو يقول إن أعطيتني عبداً فأنت طالق فإنها تطلق بأي عبد أعطته إياه ويملكه بـذلك ولا يكون له غيره، وكذلك إن خالعته عليه فليس له إلا ما يقع عليه اسم العبـد. وإن خالعتـه على عبيد فله ثلاثة هذا ظاهر كلام أحمد وقياس قوله وقول الخـرقي في المسألـة التي قبلها، وقـد قال أحمد فيما إذا قال: إذا أعطيتني عبـداً فأنت طـالق فإذا أعـطته عبـداً فهي طالق. والـظاهر من

كلامه ما قلناه، وقال القاضي: له عليها عبد وسط وتأول كلام أحمد على أنها أعطته عبداً وسطاً والظاهر خلافه.

ولنا: إنها خالعته على مسمى مجهول فكان له أقل ما يقع عليه الاسم كما لو خالعها على ما في يدها من الدراهم، ولأنه إذا قال إن أعطيتني عبداً فأنت طالق فأعطته عبداً فقد وجد شرطه فيجب أن يقع الطلاق كما لو قال: إن رأيت عبداً فأنت طالق ولا يلزمها أكثر منه لأنها لم تلتزم له شيئاً فلا يلزمها شيء كما لو طلقها بغير خلع.

الثالث: أن يخالعها على مسمى تعظم الجهالة فيه مثل أن يخالعها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب أو يقول: إن أعطيتني ذلك فأنت طالق فالواجب في الخلع ما يقع عليه الاسم من ذلك ويقع الطلاق بها إذا أعطته إياه فيما إذا علق طلاقها على عطيته إياه ولا يلزمها غير ذلك في قياس ما قبلها، وقال القاضي وأصحابه من الفقهاء ترد عليه ما أخذت من صداقها. لأنها فوتت البضع ولم يحصل له العوض لجهالته فوجب عليها قيمة ما فوتت وهو المهر.

ولنا: ما تقدم ولأنها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل فلم يلزمها كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق، ولأن المسمى قد استوفى بدله بالوطء فكيف يجب بغير رضى ممن يجب عليه؟ والأشبه بمذهب أحمد أن يكون الخلع بالمجهول كالوصية به، ومن هذا القسم لو خالعها على ما في بيتها من المتاع فإن كان فيه متاع فهو له قليلاً كان أو كثيراً معلوماً أو مجهولاً وإن لم يكن فيه متاع فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع، وفي قول القاضي عليها المسمى في الصداق وهو قول أصحاب الرأي والوجه للقولين ما تقدم.

الرابع: أن يخالعها على حمل أمتها أو غنمها أو غيرهما من الحيوان أو قال على ما في بطونها أو ضروعها فيصح الخلع، وروي عن أبي حنيفة يصح الخلع على ما في بطنها ولا يصح على حملها.

ولنا: إن حملها هو ما في بطنها فصح الخلع عليه كما لو قال: على ما في بطنها إذا ثبت هذا فإنه إن خرج الولد سليماً أو كان في ضروعها شيء من اللبن فهو له وإن لم يخرج شيء فقال القاضي لا شيء له وهو قول مالك وأصحاب الرأي، وقال ابن عقيل لها مهر المثل، وقال أبو الخطاب له المسمى وإن خالعها على ما يثمر نخلها أو تحمل أمتها صح، قال أحمد إذا خالع امرأته على ثمرة نخلها سنين فجائز فإن لم يحمل نخلها ترضيه بشيء، قيل له فإن حمل نخلها؟ قال هذا أجود من ذاك قيل له يستقيم هذا؟ قال نعم جائز فيحتمل قول أحمد ترضيه بشيء أي له أقل ما يقع عليه اسم الثمرة أو الحمل فتعطيه عن ذلك شيئاً أي شيء كان مثل ما ألزمناه في مسألة المتاع، وقال القاضي لا شيء له وتأول قول أحمد ترضيه بشيء على الاستحباب لأنه لو كان واجباً لتقدر بتقدير يرجع إليه، وفرق بين هاتين المسألتين ومسألة الدراهم والمتاع حيث يرجع فيهما بأقل ما يقع عليه الاسم إذا لم يجد شيئاً وها هنا لا يرجع بشيء إذا لم يجد حملاً ولا ثمرة ثم أوهمته أن معها دراهم وفي بيتها متاع لأنها خاطبته بلفظ يقتضي الوجود مع إمكان

علمها به فكان له ما دل عليه لفظها كما لو خالعته على عبد فوجده حراً وفي هاتين المسألتين دخل معها في العقد مع تساويهما في العلم في الحال ورضاهما بما فيه من الاحتمال فلم يسكن له شيء غيره كما لو قال خالعتك على هذا الحر، وقال أبو حنيفة لا يصح العوض ها هنا لأنه معدوم.

ولنا: إن ما جاز في الحمل في البطن جاز فيما يحمل كالوصية واختار أبو الخطاب أن لـه في هذه الأقسام الثلاثة المسمى في الصداق وأوجب له الشافعي مهر المثل ولم يصحح أبو بكر الخلع في هذا كله وقد ذكرنا نصوص أحمد على جوازه والدليل عليه والله أعلم.

فصل: إذا خالعته على رضـاع ولده سنتـين صح وكـذلك إن جعـلا وقتاً معلومـاً قل أو كثر، وبهذا قـال الشافعي لأن هـذا مما تصـح المعاوضـة عليه في غـير الخلع ففي الخلع أولى فإن خالعته على رضاع ولده مطلقاً ولم يذكرا مدته صح أيضاً وينصرف إلى ما بقي من الحـولين نص عليه أحمد قيل له ويستقيم هذا الشرط رضاع ولـدها، ولا يقـول: ترضعـه سنتين؟ قـال: نعم وقال أصحاب الشافعي: لا يصح حتى يذكرا مدة الرضـاع، كما لا تصـح الإجازة حتى يـذكرا المدة.

ولنا: إن الله تعالـى قيده بالحولين، فقال تعالى: ﴿وَالوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَـامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقـال سبحانـه: ﴿وَفِصَالُـهُ في عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] وقـال: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْراً﴾ [الأحقاف: ١٥] ولم يبين مدة الحمـل ها هنـا والفصال، فحمـل على مـا فسرته الآية الأخرى وجعل الفصال عامين والحمل ستة أشهر. وقال النبي ﷺ: «لا رضاع بعد فصـال» يعني بعد العـامين، فيحمـل المطلق من كـلام الآدمي على ذلـك ولا يحتـاج إلى وصف الرضاع، لأن جنسه كاف، كما لو ذكر جنس الخياطـة في الإجارة، فـإن ماتت المـرضعة أو جف لبنهـا فعليها أجـر المثل لمـا بقي من المدة، وإن مـات الصبي فكذلـك، وقال الشـافعي في أحد قوليه: لا ينفسخ، ويأتيها بصبي ترضعه مكانه لأن الصبي مستوفى به، لا معقوداً عليـه فأشبـه ما لو استأجر دابة ليركبها فمات.

ولنا: إنه عقـد على فعـل في عين فينفسخ بتلفها كـما لو مـاتت الدابـة المستأجـرة ولأن ما يستوفيه من اللبن إنما يتقدر بحـاجة الصبي وحـاجات الصبيـان تختلف ولا تنضبط فلم يجز أن يقوم غيره مقامه كما لو أراد إبداله في حياته، ولأنه لا يجوز إبداله في حياته، فلم يجز بعد موته كالمرضعة بخلاف راكب الدابة، وإن وجد أحد هذه الأمور قبل مضي شيء من المدة فعليها أجر رضاع مثله وعن مالك كقولنا وعنه لا يرجع بشيء، وعن الشافعي كقولنا وعنه. يرجع بالمهر.

ولنا: إنه عوض معين تلف قبل قبضه فـوجبت قيمته أو مثلهـا كما لـو خالعهـا على قفيـز فهلك قبل قبضه.

فصل: وإن خالعها على كفالة ولده عشر سنين صح وإن لم يذكـر مدة الـرضاع منهـا ولا قدر الطعام والأدم ويرجع عند الإطلاق إلى نفقة مثله، وقال الشافعي: لا يصح حتى يذكر مدة

الرضاع وقدر الطعام وجنسه وقدر الأدم وجنسه ويكون المبلغ معلوماً مضبوطاً بالصفة كالمسلم فيه وما يحل منه كل يوم. ومبنى الخلاف على اشتراط الطعام للأجير مطلقاً وقد ذكرناه في الإجارة ودللنا عليه بقصة موسى عليه السلام وقول النبي ﷺ: «رحم الله أخي موسى آجر نفسه بطعام بطنه وعفة فرجه» ولأن نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة وهي غير مقدرة كذا ها هنا، وللوالد أن يأخذ منها ما يستحقه من مؤونة الصبي وما يحتاج إليه، لأنه بدل ثبت له في ذمتها، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره، فإن أحب أنفقه بعينه، وإن أحب أخذه لنفسه وأنفق عليه غيره، وإن أذن لها في إنفاقه على الصبي جاز. فإن مات الصبي بعد انقضاء مدة الرضاع فلأبيه أن يأخذ ما بقي من المؤونة، وهل يستحقه دفعة أو يوماً بيوم؟ فيه وجهان: أحدهما: يستحقه دفعة واحدة. ذكره القاضي في الجامع، واحتج بقول أحمد إذا خالعها على رضاع ولده فمات في أثناء الحولين. قال: يرجع عليها ببقية ذلك، ولم يعتبر الأجل، ولأنه إنما فرق لحاجة الولد إليه متفرقاً، إذا زالت الحاجة إلى التفريق استحق جملة واحدة.

والثاني: لا يستحقه إلا يوماً بيوم، ذكره القاضي في المجرد وهو الصحيح، لأنه ثبت منجماً فلا يستحقه معجلاً كما لو أسلم إليه في خبز يأخذه منه كل يوم أرطالاً معلومة، فمات المستحق له، لأن الحق لا يحل بموت المستوفي، كما لو مات وكيل صاحب الحق، وإن وقع الخلاف في استحقاقه بموت من هو عليه، ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان كهذين، وإن ماتت المرأة خرج في استحقاقه في الحال وجهان كهذين بناء على أن الدين، هل يحل بموت من هو عليه أم لا؟

فصل: والعوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع إن كان مكيلاً أو موزوناً لم يدخل في ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه، وإن كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه. قال أحمد: في امرأة قالت لزوجها: اجعل أمري بيدي ولك هذا العبد ففعل ثم خيرت فاختارت نفسها بعد ما مات العبد جائز، وليس عليها شيء قال: ولو أعتقت العبد ثم اختارت نفسها لم يصح عتقها له فلم يصح عتقها له، لأن ملكها زال عنه بجعلها له عوضاً في الخلع ولم يضمنها إياه إذا تلف لأنه عوض معين غير مكيل ولا موزون قد حلَّ في ضمان الزوج بمجرد العقد، ويخرج فيه وجه أنه لا يدخل في ضمانه ولا يصح تصرفه فيه، حتى يقبضه كما ذكرنا في عوض البيع وفي الصداق. وأما المكيل والموزون فلا يصح تصرفه فيه ولا يدخل في ضمانه حتى يقبضه، فإن تلف قبل قبضه، فالواجب مثله، لأنه من ذوات الأمثال، وقد ذكر القاضي في الصداق: أنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه، وإن كان مكيلاً أو موزوناً، لأنه لا ينفسخ سببه بتلفه فها هنا مثله.

مسألة: قال: (وإن خالعها على غير عوض كان خلعاً ولا شيء له)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة، فروى عنه ابنه عبد الله، قال: قلت لأبي رجل علقت به امرأته تقول اخلعني. قال: قد خلعتك. قال: يتزوج بها ويجدد نكاحاً جديداً

وتكون عنده على ثنتين، فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض، وهو قول مالك، لأنه قطع للنكاح، فصح من غير عوض كالطلاق، ولأن الأصل في مشرعية الخلع أن توجد من المرأة رغبة عن زوجها وحاجة إلى فراقه فتسأله فراقها، فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع فصح كما لو كان بعوض، قال أبو بكر: لا خلاف عن أبي عبد الله أن الخلع ما كان من قبل النساء فإذا كان من قبل الرجال فلا نزاع في أنه طلاق تملك به الرجعة ولا يكون فسخاً والرواية الثانية: لا يكون خلع إلا بعوض، روى عنه مهنا إذا قال لها: اخلعي نفسك. فقالت: خلعت نفسي لم يكن خلعاً إلا على شيء، إلا أن يكون نوى الطلاق، فيكون ما نوى، فعلى هذه الرواية لا يصح الخلع إلا بعوض، فإن تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقاً رجعياً لأنه يصلح كناية عن الطلاق، وإن لم ينوبه الطلاق لم يكن شيئاً. وهذا قول أبي حنيفة والشافعي، لأن الخلع إن كان فسخاً فلا يملك الزوج فسخ النكاح إلا بعيبها، وكذلك لو قال: فسخت النكاح ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء بخلاف ما إذا دخله العوض فإنه يصير معاوضة فلا يجتمع له العوض والمعوض، وإن قلنا: الخلع طلاق، فليس بصريح فيه اتفاقاً، وإنما هو كناية، والكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنية أو بذل للعوض فيقوم مقام النية، وما وجد واحد منهما. ثم إن وقع الطلاق، فإذا لم يكن بعوض لم يقتض البينونة إلا أن تكمل الثلاث.

فصل: إذا قالت: بعني عبدك هذا، وطلقني بألف ففعل صح، وكان بيعاً وخلعاً بعوض واحد، لأنهما عقدان يصح إفراد كل واحد منهما بعوض فصح جمعهما، كبيع ثوبين وقد نص أحمد على الجمع بين بيع وصرف، أنه يصح وهو نظير لهذا، وذكر أصحابنا فيه وجهاً آخر: أنه لا يصح، لأن أحكام العقدين تختلف، والأول أصح لما ذكرنا، وللشافعي فيه قولان أيضاً فعلى قولنا يتقسط الألف على الصداق المسمى وقيمة العبد، فيكون عوض الخلع ما يخص المسمى، وعوض العبد ما يخص قيمته حتى لو ردته بعيب رجعت بذلك، وإن وجدته حراً أو مغصوباً رجعت به لأنه عوضه، فإن كان مكان العبد شقص مشفوع ففيه الشفعة ويأخذ الشفيع بحصة قيمته من الألف لأنها عوضه.

فصل: وإن خالعها على نصف دار صح، ولا شفعة فيه لأنه عوض عما لا قيمة له، ويتخرج أن فيه شفعة لأن له عوضاً، وهل يأخذه الشفيع بقيمته أو بمثل المهر على وجهين، فأما إن خالعها ودفع إليها ألفاً بنصف دارها صح ولا شفعة أيضاً، وقال أبو يوسف ومحمد: تجب الشفعة فيما قابل الألف لأنه عوض مال.

ولنا: إن إيجاب الشفعة تقويم للبضع في حق غير الزوج، والبضع لا يتقوم في حق غيره، ولأن الزوج ملك الشقص صفقة واحدة من شخص واحد، فلا يجوز للشفيع أخذ بعضه، كما لو اشتراه بثمن واحد.

مسألة: قال: (ولو خالعها على ثوب فخرج معيباً، فهو مخير بين أن يأخذ أرش العيب أو قيمة الثوب ويرده)

وجملة ذلك: أن الخلع يستحق فيه رد عوضه بالعيب، أو أخذ الأرش لأنه عوض في معاوضة، فيستحق فيه ذلك، كالبيع والصداق، ولا يخلو إما أن يكون على معين، مثل أن تقول: اخلعني على هذا الثوب. فيقول: خلعتك، ثم تجد به عيباً لم يكن علم به، فهو مخير بين رده وأخذ قيمته وبين أخذ أرشه، وإن قال: إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق، فأعطته إياه طلقت وملكه. قال أصحابنا: والحكم فيه كما لو خالعها عليه، وهذا مذهب الشافعي إلا أنه لا يجعل له المطالبة بالأرش مع إمكان رده، وهذا الأصل ذكرناه في البيع، وله أيضاً قول: إنه إذا رده رجع بمهر المثل، وهذا الأصل ذكر في الصداق، وإن خالعها على ثوب موصوف في الذمة واستقصى صفات السلم صح، وعليها أن تعطيه إياه سليماً، لأن إطلاق ذلك يقتضي السلامة كما في البيع والصداق، فإن دفعته إليه معيباً أو ناقصاً عن الصفات المذكورة، فله الخيار بين إمساكه أو رده والمطالبة بثوب سليم على تلك الصفة، لأنه إنما وجب في الذمة سليماً تام الصفات، فيرجع بما وجب له، لأنها ما أعطته الذي وجب له عليها. وإن قال: إن أعطيتني ثوباً صفته كذا وكذا، فأعطته ثوباً على تلك الصفات طلقت وملكه، وإن أعطته ناقصاً صفة لم يقع الطلاق ولم يملكه، لأنه ما وجد الشرط. فإن كان على الصفة لكن به عيب، وقع الطلاق لوجود شرطه. قال القاضي: ويتخير بين إمساكه ورده والرجوع بقيمته، وهذا قول الشافعي إلا أن له قولاً إنه يرجع بمهر المثل على ما ذكرنا وعلى ما قلنا نحن فيما تقدم: أنه إذا قال: إذا أعطيتني ثوباً أو عبداً أو هذا الثوب أو هذا العبد فأعطته إياه معيباً طلقت وليس له شيء سواه، وقد نص أحمد على من قال: إن أعطيتني هذا الألف، فأنت طالق، فأعطته إياه فوجده معيباً، فليس له البدل، وقال أيضاً: إذا قال إن أعطيتني عبداً فأنت طالق، فإذا أعطته عبداً فهي طالق ويملكه، وهذا يدل على أن كل موضع قال إن أعطيتني كذا فأعطته إياه، فليس له غيره، وذلك لأن الإنسان لا يلزمه في ذمته شيء إلا بإلزام ولم يرد الشرع بإلزامها هذا ولا هي التزمته له، وإنما علق طلاقها على شرط وهو عطيتها له ذلك فلا يلزمها شيء سواه، ولأنها لم تدخل معه في معاوضة، وإنما حققت شرط الطلاق فأشبة ما لو قال: إن دخلت فأنت طالق، فدخلت أو ما لو قال: إن أعطيت أباك عبدا عبداً فأنت طالق فأعطته إياه.

فصل: إذا قال: إن أعطيتني ألف درهم، فأنت طالق، فأعطته ألفاً أو أكثر طلقت لوجود الصفة، وإن أعطته دون ذلك لم تطلق لعدمها، وإن أعطته ألفاً وازنة تنقص في العدد طلقت، وإن أعطته ألفاً عدداً تنقص في الوزن لم تطلق لأن إطلاق الدرهم ينصرف إلى الوازن من دراهم الإسلام وهي ما كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل، ويحتمل أن الدراهم متى كانت تنفق برؤوسها من غير وزن طلقت، لأنها يقع عليها اسم الدراهم ويحصل منها مقصودها ولا تطلق إذا أعطته وازنة تنقص في العدد لذلك، وإن أعطته ألفاً رديئة كنحاس فيها أو رصاص أو نحوه لم تطلق، لأن إطلاق الألف يتناول ألفاً من الفضة، وليس في هذه ألف من الفضة، وإن زادت على الألف بحيث يكون فيها ألف فضة طلقت، لأنها قد أعطته ألفاً فضة. وإن أعطته سبيكة تبلغ ألفاً لم تطلق لأنها لا تسمى دراهم فلم توجد الصفة بخلاف المغشوشة فإنها تسمى

دراهم، وإن أعطته ألفاً رديء الجنس لخشونة أو سواد أو كانت وحشة السكة طلقت لأن الصفة وجدت قال القاضي: وله ردها وأخذ بدلها، وهذا قد ذكرناه في المسألة التي قبلها.

فصل: وإن قال إن أعطيتني ثوباً مروياً فأنت طالق فأعطته هروياً لم تطلق لأن الصفة التي علق الطلاق عليها لم توجد وإن أعطته مروياً طلقت وإن خالعها على مروي فأعطته هروياً فالخلع واقع ويطالبها بما خالعها عليه وإن خالعها على ثوب بعينه على أنه مروي فبان هروياً فالخلع صحيح لأن جنسهما واحد وإنما ذلك اختلاف صفة فجرى مجرى العيب في العوض وهو مخير بين إمساكه ولا شيء له غيره وبين رده وأخذ قيمته لو كان مروياً لأن مخالفة الصفة بمنزلة العيب في جواز الرد.

وقال أبو الخطاب: وعندي لا يستحق شيئاً سواه لأن الخلع على عينه وقد أخذه، وإن خالعها على ثوب على أنه قطن فبان كتاناً لزم رده ولم يكن له إمساكه لأنه جنس آخر واختلاف الأجناس كاختلاف الأعيان بخلاف ما لو خالعها على مروي فخرج هروياً فإن الجنس واحد.

فصل: وكل موضع علق طلاقها على عطيتها إياه فمتى أعطته على صفة يمكنه القبض وقع الطلاق سواء قبضه منها أو لم يقبضه لأن العطية وجدت. فإنه يقال: أعطته فلم يأخذ، ولأنه علق اليمين على فعل من جهتها والذي من جهتها في العطية البذل على وجه يمكنه قبضه، فإن هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها أو قالت يضمنه لك زيد أو أجعله قصاصاً مما لي عليك أو أعطته به رهناً أو أحالته به لم يقع الطلاق لأن العطية ما وجدت ولا يقع الطلاق بدون شرطه، وكذلك كل موضع تعذر العطية فيه لا يقع الطلاق سواء كان التعذر من جهته أو من جهتها أو من جهة غيرهما لانتفاء الشرط، ولو قالت طلقني بألف فطلقها استحق الألف وبانت وإن لم يقبض نص عليه أحمد. قال أحمد: ولو قالت لا أعطيك شيئاً يأخذها بالألف، يعني ويقع الطلاق لأن هذا ليس بتعليق على شرط بخلاف الأول.

فصل: وتعليق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التمليك لازم من جهة الزوج لزوماً لا سبيل إلى دفعه فإن الغالب فيها حكم التعليق المحض بدليل صحة تعليقه على الشروط ويقع الطلاق بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو التراخي، وقال الشافعي إن قال متى أعطيتني أو متى ما أعطيتني. أو أي حين أو أي زمان أعطيتني ألفاً فأنت طالق فذلك على التراخي ،وإن قال إن أعطيتني أو إذا أعطيتني ألفاً فأنت طالق فذلك على الفور فإن أعطته جواباً لكلامه وقع الطلاق وإن تأخر العطاء لم يقع الطلاق لأن قبول المعاوضات على الفور فإذا لم يوجد منه تصريح بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات بخلاف متى وأي فإن فيهما تصريحاً بالتراضي ونصاً فيه وإن صارا معاوضة فإن تعليقه بالصفة جائز أما إن وإذا فإنهما يحتملان الفور والتراخي فإذا تعلق بهما العوض حملا على الفور.

ولنا: إنه علق الطلاق بشرط الإعطاء فكان على التراخي كسائر التعليق أو نقول: علق الطلاق بحرف مقتضاه التراخي فكان على التراخي كما لو خلا عن العوض، والدليل على أن

مقتضاه التراخي أنه يقتضيه إذا خلا عن العوض ومقتضيات الألفاظ لا تختلف بالعوض وعدمه، وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات بدليل جواز تعليقها على الشروط ويكون على التراخي فيما إذا علقها بمتى أو بأي فكذلك في مسألتنا ولا يصح قياس ما نحن فيه على غيره من المعاوضات لما ذكرنا من الفرق ثم يبطل قياسهم بقول السيد لعبده إن أعطيتني ألفاً فأنت حر فإنه كمسألتنا وهو على التراخي على أننا قد ذكرنا أن حكم اللفظ حكم الشرط المطلق.

فصل: إذا قال لامرأته أنت طالق بألف إن شئت لم تطلق حتى تشاء فإذا شاءت وقع الطلاق بائناً ويستحق الألف سواء سألته الطلاق فقالت طلقني بألف فأجابها أو قال ذلك لها ابتداء لأنه علق طلاقها على شرط فلم يوجد قبل وجوده، وتعتبر مشيئتها بالقول فإنها وإن كان محلها القلب فلا يعرف ما في القلب إلا بالنطق فيعلق الحكم به ويكون ذلك على التراخي فمتى شاءت طلقت نص عليه أحمد ومذهب الشافعي كذلك إلا في أنه على الفور عنده. ولو أنه قال لامرأته أمرك بيدك إن ضمنت لي ألفاً فقياس قول أحمد: أنه على التراخي. لأنه نص على أن أمرك بيدك على التراخي. ونص على أنه إذا قال لها أنت طالق إن شئت أن لها المشيئة بعد مجلسها، ومذهب الشافعي أنه على الفور لما تقدم.

ولنا: إنه لو قال لعبده إن ضمنت لي ألفاً فأنت حر كان على التراخي، ولو قال له أنت حر على ألف إن شئت كان على التراخي والطلاق نظير العتق، فعلى هذا متى ضمنت له ألفاً كان أمرها بيدها وله الرجوع فيما جعل إليها لأن أمرك بيدك توكيل منه لها فله الرجوع فيه كما يرجع في الوكالة، وكذلك لو قال لزوجته طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفاً فمتى ضمنت له ألفاً وطلقت نفسها وقع ما لم يرجع، وإن ضمنت الألف ولم تطلق أو طلقت ولم تضمن لم يقع الطلاق.

مسألة: قال: (وإذا خالعها على عبد فخرج حراً أو استحق فله عليها قيمته)

وجملة ذلك: أن الرجل إذا خالع امرأته على عوض يظنه مالاً فبان غير مال مثل أن يخالعها على عبد تعينه فيبين حراً أو مغصوباً أو على خل فيبين خمراً: فإن الخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم.. لأن الخلع معاوضة بالبضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبداً وبهذا قال أبو ثور وصاحبا أبي حنيفة: وإن خالعها على هذا الدن الخل فبان خمراً رجع عليها بمثله خلاً لأن الخلع من ذوات الأمثال. وقد دخل على أن هذا المعين خل فكان له مثله كما لو كان خلاً فتلف قبل قبضه، وقد قيل يرجع بقيمة مثله خلاً لأن الخمر ليس من ذوات الأمثال والصحيح الأول لأنه إنما وجب عليها مثله لو كان خلاً كما توجب قيمة الحر بتقدير كونه عبداً فإن الحر لا قيمة له. وقال أبو حنيفة في المسألة كلها يرجع بالمسمى، وقال الشافعي يرجع بمهر المثل. لأنه عقد على البضع بعوض فاسد فأشبه النكاح بخمر، واحتج أبو حنيفة بأن خروج البضع لا قيمة له فإذا غرته رجع عليها بما أخذت.

ولنا: إنها عين يجب تسليمها مع سلامتها وبقاء سبب الاستحقاق فوجب بدلها مقدراً بقيمتها أو مثلها كالمغصوب والمستعار، وإذا خالعها على عبد فخرج مغصوباً أو أم ولد. فإن أبا حنيفة يسلمه ويوافقنا فيه.

فصل: وإن خالعها على محرم يعلمان تحريمه كالحر والخمر والخنزير والميتة. فهو كالخلع بغير عوض سواء لا يستحق شيئاً وبه قال مالك وأبو حنيفة. وقال الشافعي: له عليها مهر المثل لأنه معاوضة بالبضع فإذا كان العوض محرماً وجب مهر المثل كالنكاح.

ولنا: إن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما أسلفنا فإذا رضي بغير عوض لم يكن له شيء كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شيء ففعلته وفارق النكاح فإن دخول البضع في ملك الزوج متقوم، ولا يلزم إذا خالعها على عبد فبان حراً لأنه لم يرض بغير عوض متقوم فيرجع بحكم الغرور وها هنا رضي بما لا قيمة له، إذا تقرر هذا فإن كان الخلع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعي لأنه خلا عن عوض وإن كان بلفظ الخلع وكنايات الخلع ونوى به الطلاق فكذلك. لأن الكنايات مع النية كالصريح وإن كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق انبنى على أصل وهو أنه هل يصح الخلع بغير عوض؟ وفيه روايتان: فإن قلنا يصح صح ها هنا، وإن قلنا لا يصح لم يصح ولم يقع شيئاً، وإن قال إن أعطيتني خمراً أو ميتة فأنت طالق فأعطته ذلك طلقت ولا شيء عليها. وعند الشافعي عليها مهر المثل كقوله في التي قبلها.

فصل: فإن قال إن أعطيتني عبداً فأنت طالق فأعطته مدبراً أو معتقاً نصفه وقع الطلاق بها لأنها كالقن في التمليك وإن أعطته حراً أو مغصوباً أو مرهوناً لم تطلق. لأن العطية إنما تتناول ما يصح تمليكه وما لايصح تمليكه لا تكون معطية له، وإن قال إن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق فأعطته إياه فإذا هو حر أو مغصوب لم تطلق أيضاً لما ذكره أبو بكر وأومأ إليه أحمد، وذكر القاضي وجهاً آخر أنه يقع الطلاق قال وأومأ إليه أحمد في موضع آخر لأنه إذا عينه فقد قطع اجتهادها فيه، فإذا أعطته إياه وجدت الصفة فوقع الطلاق بخلاف غير المعين. ولأصحاب الشافعي أيضاً وجهان. كذلك وعلى قولهم يقع الطلاق هل يرجع بقيمته أو بمهر المثل؟ على وجهين.

ولنا: إن العطية إنما معناها المتبادر إلى الفهم منها عند إطلاقها التمكن من تملكه بدليل غير المعين ولأن العطية ها هنا التمليك بدليل حصول الملك بها فيما إذا كان العبد مملوكاً لها وانتفاء الطلاق فيما إذا كان غير معين.

مسألة: قال: (وإذا قالت له طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يكن له شيء ولزمها تطليقة)

أما وقوع الطلاق بها فلا خلاف فيه، وأما الألف فلا يستحق منه شيئاً، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: له ثلث الألف. لأنها استدعت منه فعلاً بعوض فإذا فعل بعضه استحق

بقسطه من العوض كما لو قال من رد عبيدي فله ألف فرد ثلثهم استحق ثلث الألف. وكذلك في بناء الحائط وخياطة الثوب.

ولنا: إنها بذلت العوض في مقابلة شيء لم يجبها إليه فلم يستحق شيئاً. كما لو قال في المسابقة من سبق إلى خمس إصابات فله ألف. فسبق إلى بعضها أو قالت بعني عبديك بألف فقال: بعتك أحدهما بخمسمائة. وكما لو قالت طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة فإن أبا حنيفة وافقنا في هذه الصورة على أنه لا يستحق شيئاً، فإن قيل الفرق بينهما أن الباء للعوض دون الشرط وعلى للشرط فكأنها شرطت في استحقاقه الألف أن يطلقها ثلاثاً قلنا: لا نسلم أن على للشرط فإنها ليست مذكورة في حروفه وإنما معناها ومعنى الباء واحد. وقد سوي بينهما فيما إذا قالت طلقني وضرتي بألف أو على ألف ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين.

فصل: فإن قالت طلقني ثلاثاً ولك ألف فهي كالتي قبلها إن طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شيء له، وإن طلقها ثلاثاً استحق الألف ومذهب الشافعي وأبي يوسف ومحمد فيها كمذهبهم في التي قبلها، وقال أبو حنيفة لا يستحق شيئاً، وإن طلقها ثلاثاً لأنه لم يعلق الطلاق بالعوض.

ولنا: إنها استدعت منه الطلاق بالعوض فأشبه ما لو قال رد عبدي ولك ألف فرده، وقوله لم يعلق الطلاق بالعوض غير مسلم فإن معنى الكلام ولك ألف عوضاً عن طلاقي فإن قرينة الحال دالة عليه، وإن قالت طلقني وضرتي بألف أو على ألف علينا فطلقها وحدها طلقت وعليها قسطها من الألف لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين وخلعه للمرأتين بعوض عليهما خلعان فجاز أن ينعقد أحدهما صحيحاً موجباً للعوض دون الآخر، وإن كان العوض منها وحدها فلا شيء له في قياس المذهب لأن العقد لا يتعدد بتعدد العوض ولذلك لو اشترى منه عبدين بثمن واحد كان عقداً واحداً بخلاف ما إذا كان العاقد من أحد الطرفين اثنين فإنه يكون عقدين.

فصل: وإن قالت طلقني ثلاثاً بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة أو ثلاثاً بانت بثلاث، قال أصحابنا ويستحق الألف علمت أو لم تعلم وهو منصوص الشافعي، وقال المزني: لا يستحق إلا ثلث الألف إنما طلقها ثلث ما طلبت منه فلا يستحق إلا ثلث الألف كما لو كان طلاقها ثلاثاً، وقال ابن شريح إن علمت أنه لم ينو من طلاقها إلا طلقة استحق الألف وإن لم تعلم كقول المزني لأنها إن كانت عالمة كان معنى كلامها كمل لي الثلاث وقد فعل ذلك ووجه قول أصحابنا أن هذه الواحدة كملت الثلاث وحصلت ما يحصل بالثلاث من البينونة وتحريم العقد فوجب بها العوض كما لو طلقها ثلاثاً.

فصل: فإن لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت طلقني بألف واحدة أبين بها واثنتين في نكاح آخر فقال أبو بكر قياس قول أحمد أنه إذا طلقها واحدة استحق العوض فإن تزوج بها بعد

ذلك ولم يطلقها رجعت عليه بالعوض لأنها بذلت العوض في مقابلة ثلاث فإذا لم يوقع الثلاث لم يستحق العوض كما لو كانت ذات طلقات ثلاث فقالت طلقني ثلاثاً فلم يطلقها إلا واحدة ومقتضى هذا أنه إذا ينكحها نكاحاً آخر أنها ترجع عليه بالعوض. وإنما يفوت نكاحه إياها بموت أحدهما وإن نكحها نكاحاً آخر وطلقها اثنتين لم ترجع عليه بشيء وإن لم يطلقها إلا واحدة رجعت عليه بالعوض كله، وقال القاضي الصحيح في المذهب أن هذا لا يصح في الطلقتين الآخرتين لأنه سلف في طلاق ولا يصح السلم في الطلاق لأنه معاوضة على الطلاق قبل النكاح والطلاق قبل النكاح لا يصح فالمعاوضة عليه أولى فإذا بطل فيهما انبنى ذلك على تفريق الصفقة فإن قلنا تفرق فله ثلث الألف وإن قلنا لا تفرق فسد العوض في الجميع ويرجع بالمسمى في عقد النكاح.

فصل: وإن قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً استحق الألف، وقال محمد بن الحسن: قياس قول أبي حنيفة أنه لا يستحق شيئاً. لأن الثلاث مخالفة للواحدة لأن تحريمها لا يرتفع إلا بزوج وإصابة وقد لا تريد ذلك ولا تبذل العوض فيه فلم يكن ذلك إيقاعاً لما استدعته بل هو إيقاع مبتدأ فلم يستحق به عوضاً.

ولنا: أنه أوقع ما استدعته وزيادة لأن الثلاث واحدة واثنتان وكذلك لو قال طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدة وقع فيستحق العوض بالواحدة وما حصل من الزيادة التي لم تبذل العوض فيها لا يستحق بها شيئاً فإن قال لها أنت طالق بألف وطالق وطالق وقعت الأولى بائنة ولم تقع الثانية ولا الثالثة لأنهما جاءا بعد بينونتها وهذا مذهب الشافعي وإن قال لها أنت طالق وطالق وطالق بألف وقع الثلاث وإن قال أنت طالق وطالق وطالق ولم يقل بألف قيل له أيتهن أوقعت بالألف؟ فإن قال الأولى بانت بها ولم يقع ما بعدها وإن قال الثانية بانت بها وقعت بها طلقتان ولم تقع الثالثة وإن قال الثالثة وقع الكل وإن قال نويت أن الألف في مقابلة الكل بانت بالأولى وحدها ولم يقع بها ما بعدها لأن الأولى حصل في مقابلتها عوض وهو قسطها من الألف فبانت بها وله ثلث الألف لأني رضي بأن يوقعها بذلك مثل أن تقول طلقني بألف فيقول أنت طالق بخمسمائة هكذا ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ويحتمل أن يستحق الألف لأنه أتى بما بذلت العوض فيه بنية العوض فلم يسقط بعضه بنيته كما لو قالت رد عبدي بألف فرده ينوي خمسمائة وإن لم ينو شيئاً استحق الألف بالأولى ولم يقع بها ما بعدها ويحتمل أن تقع الثلاث لأن الواو للجمع ولا تقتضي ترتيباً فهو كقوله أنت طالق ثلاثاً بألف وكذلك لو قال لغير مدخول بها أو قال أنت طالق وطالق وطالق بألف طلقت ثلاثاً.

فصل: وإذا قالت طلقني بألف أو على أن لك ألفاً وإن طلقتني فلك علي ألف فقال أنت طالق استحق الألف وإن لم يذكره لأن قوله جواب لما استدعته منه والسؤال معاد في الجواب فأشبه ما لو قالت يعني عبدك بألف فقال بعتكه وإن قالت اخلعني بألف فقال أنت طالق فإن قلنا الخلع طلقة بائنة وقع واستحق العوض لأنه أجابها إلى ما بذلت العوض فيه وإن قلنا هو

فسخ احتمل أن يستحق العوض أيضاً لأن الطلاق يتضمن ما طلبته وهو بينونتها وفيه زيادة نقصان العدد فأشبه ما لو قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً احتمل أن لا يستحق شيئاً لأنها استدعت منه فسخاً فلم يجبها إليه وأوقع طلاقاً ما طلبته ولا بذلت فيه عوضاً، فعلى هذا يحتمل أن يقع الطلاق رجعياً لأنه أوقعه مبتدئاً به غير مبذول فيه عوض فأشبه ما لو طلقها ابتداء ويحتمل أن لا يقع لأنه أوقعه بعوض فإذا لم يحصل العوض لم يقع لأنه كالشرط فيه فأشبه ما لو قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت، طالق وإن قالت طلقني بألف فقال خلعتك فإن قلنا هو طلاق استحق الألف لأنه طلقها وإن نوى به الطلاق فكذلك لأنه كناية فيه وإن لم ينو الطلاق وقلنا ليس بطلاق لم يستحق عوضاً لأنه ما أجابها إلى ما بذلت العوض فيه ولا يتضمنه لأنها سألته طلاقاً ينقص به عدد طلاقه فلم يجبها إليه وإذا لم يجب العوض لم يصح الخلع لأنه إنما خالعها معتقداً لحصول العوض فإذا لم يحصل لم يصح ويحتمل أن يكون كالخلع بغير عوض وفيه من الخلاف ما فيه.

فصل: ولو قالت له طلقني عشراً بألف فطلقها واحدة أو اثنتين فلا شيء له لأنه لم يجبها إلى ما سألت فلم يستحق عليها ما بذلت وإن طلقها ثلاثاً استحق الألف على قياس قول أصحابنا فيما إذا قالت طلقني ثلاثاً بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة استحق الألف لأنه قد حصل بذلك جميع المقصود.

فصل: ولو لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت طلقني ثلاثاً بألف فقال أنت طالق طلقتين الأولى بألف والثانية بغير شيء وقعت الأولى واستحق الألف ولم تقع الثانية وإن قال الأولى بغير شيء وقعت وحدها ولم يستحق شيئاً. لأنه لم يجعل لها عوضاً وكملت الثلاث وإن قال إحداهما بألف لزمها الألف. لأنها طلبت منه طلقة بألف فأجابها إليها وزادها أخرى.

فصل: وإن قالت طلقني بألف إلى شهر أو أعطته ألفاً على أن يطلقها إلى شهر فقال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق صح ذلك واستحق العوض ووقع الطلاق عند رأس الشهر بائناً. لأنه بعوض، وإن طلقها قبل مجيء الشهر طلقت ولا شيء له. ذكره أبو بكر وقال روى ذلك عن أحمد علي بن سعيد وذلك لأنه إذا طلقها قبل رأس الشهر فقد اختار إيقاع الطلاق من غير عوض، وقال الشافعي إذا أخذ منها ألفاً على أن يطلقها إلى شهر فطلقها بألف بانت وعليها مهر المثل. لأن هذا سلف في طلاق فلم يصح لأن الطلاق لا يثبت في الذمة ولأنه عقد تعلق بعين فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه.

ولنا: إنها جعلت له عوضاً صحيحاً على طلاقها فإذا طلقها استحقه كما لو لم يقل إلى شهر لأنها جعلت له عوضاً صحيحاً على طلاقها فلم يستحق أكثر منه كالأصل، وإن قلنا لك ألف على أن تطلقني أي وقت شئت من الآن إلى شهر صح في قياس المسألة التي قبلها. وقال القاضي لا يصح. لأن زمن الطلاق مجهول فإذا طلقها فله مهر المثل وهذا مذهب الشافعي لأنه طلقها على عوض لم يصح لفساده.

ولنا: ما تقدم في التي قبلها، ولا تضر الجهالة في وقت الطلاق لأنه مما يصح تعليقه على الشرط فصح بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجعالة ولأنه لو قال متى أعطيتني ألفاً فأنت طالق صح، وزمنه مجهول أكثر من الجهالة ها هنا فإن الجهالة ها هنا في شهر واحد وثم في العمر كله وقول القاضي له مهر المثل مخالف لقياس المذهب فإنه ذكر في المواضع التي يفسد فيها العوض أن له المسمى فكذلك يجب أن يكون ها هنا أن حكمنا بفساده و الله أعلم.

فصل: إذا قال لها أنت طالق وعليك ألف وقعت طلقة رجعية ولا شيء عليها. لأنه لم يجعل له العوض في مقابلتها ولا شرطاً فيها وإنما عطف ذلك على طلاقها فأشبه ما لو قال أنت طالق وعليك الحج فإن أعطته المرأة عن ذلك عوضاً لم يكن له عوضاً لأنه لم يقابله شيء وكان ذلك هبة مبتدأة يعتبر فيه شرائط الهبة، وإن قالت المرأة ضمنت لك ألفاً لم يصح لأن الضمان إنما يكون عن غير الضامن لحق واجب أو مآله إلى الوجوب وليس ها هنا شيء من ذلك.

وذكر القاضي أنه يصح. لأن ضمان ما لم يجب يصح ولم أعرف لذلك وجهاً إلا أن يكون أراد أنها إذا قالت له قبل طلاقها ضمنت لك ألفاً على أن تطلقني فقال أنت طالق وعليك ألف فإنه يستحق الألف، وكذلك إذا قالت طلقني طلقة بألف فقال أنت طالق وعليك ألف وقع الطلاق وعليها ألف لأن قوله أنت طالق يكفي في صحة الخلع واستحقاق العوض وما وصل به تأكيد، فإن اختلف فقال أنت استدعيت مني الطلاق بألف فأنكرته فالقول قولها لأن الأصل عدمه فإذا حلت برئت من العوض وبانت لأن قوله مقبول في بينونتها لأنها حقه غير مقبول في العوض لأنه عليها وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة، وإن قال ما استدعيت مني الطلاق وإنما أنا ابتدأت فلي عليك الرجعة وادعت أن ذلك كان جواباً لاستدعائها فالقول قول الزوج لأن الأصل معه ولا يلزمها الألف لأنه لا يدعيه وإن قال أنت طالق على الألف فالمنصوص عن أحمد أن الطلاق يقع رجعياً كقوله أنت طالق وعليك ألف فإنه قال في رواية مهنا في الرجل يقول لامرأته أنت طالق على ألف درهم فلم تقل هي شيئاً فهي طالق يملك الرجعة ثانياً وقال القاضي في المجرد ذلك للشرط تقديره إن ضمنت لي ألفاً فأنت طالق فإن ضمنت له ألفاً وقع الطلاق بائناً وإلا لم يقع، وكذلك الحكم إذا قال أنت طالق على أن عليك فقياس قول أحمد الطلاق يقع رجعياً ولا شيء له وعلى قول القاضي إن قبلت ذلك لزمها الألف وكان خلعاً وإلا لم يقع الطلاق وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو أيضاً ظاهر كلام الخرقي، لأنه استعمل على بمعنى الشرط في مواضع من كتابه منها قوله وإذا أنكحها على أن لا يتزوج عليهاا فلها فراقه إن تزوج عليها وذلك أن على تستعمل بمعنى الشرط بدليل قول الله تعالى في قصة شعيب: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧] وقال: ﴿فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجاً عَلَىٰ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾ [الكهف: ٩٤] وقال موسى: ﴿هل أتبعك على أن تعلمني مما علمت رشداً﴾ [الكهف: ٦٦] ولو قال في النكاح زوجتك ابنتي على صداق كذا صح، وإذا أوقعه بعوض لم يقع بدونه وجرى مجرى قوله أنت طالق إن أعطيتني ألفاً أو

ضمنت لي ألفاً، ووجه الأول أنه أوقع الطلاق غير معلق بشرط وجعل عليها عوضاً لم تبذلهُ فوقع رجعياً من غير عوض كما لو قال أنت طالق وعليك ألف ولأن على ليس للشرط ولا للمعاوضة ولذلك لا يصح أن يقول: بعتك ثوبي على دينار.

فصل: وإذا قال أنت طالق ثلاثاً بألف فقالت قبلت واحدة منها بألف وقع الثلاث واستحق الألف لأن إيقاع الطلاق إليه وإنما علقه بعوض يجري مجرى الشرط من جهتها وقد وجد الشرط فيقع الطلاق، وإن قالت قبلت بألفين وقع ولم يلزمها الألف الزائد لأن القبول لما أوجبه دون ما لم يوجبه وإن قالت قبلت بخمسمائة لم يقع لأن الشرط لم يوجد، وإن قالت قبلت واحدة من الثلاث بثلث الألف لم يقع لأنه لم يرض بانقطاع رجعته عنها إلا بألف، وإن قال أنت طالق طلقتين إحداهما بألف وقعت بها واحدة لأنها بغير عوض ووقعت الأخرى على قبولها لأنها بعوض.

مسألة: قال: (وإن خالعته الأمة بغير إذن سيدها على شيء معلوم كان الخلع واقعاً ويتبعها إذا عتقت بمثله إن كان له مثل وإلا فقيمته)

في هذه المسألة ثلاثة فصول:

أحدها: أن الخلع مع الأمة صحيح سواء كان بإذن سيدها أو بغير إذنه لأن الخلع يصح مع الأجنبي فمع الزوجة أولى ويكون طلاقها على عوض بائناً والخلع معها كالخلع مع الحرة سواء.

الفصل الثاني: أن الخلع إذا كان بغير إذن سيدها على شيء في ذمتها فإنه يتبعها إذا عتقت لأنه رضي بذمتها ولو كان على عين فالذي ذكر الخرقي أنه يثبت في ذمتها مثله أو قيمته إن لم يكن مثلياً. لأنها لا تملك العين وما في يده من شيء فهو لسيدها فيلزمها بذله كما لو خالعها على عبد فخرج حراً أو مستحقاً وقياس المذهب أنه لا شيء له لأنه إذا خالعها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين فيكون راضياً بغير عوض فلا يكون له شيء كما لو قال خالعتك على هذا المغصوب أو هذا الحر وكذلك ذكر القاضي في المجرد قال هو كالخلع على المغصوب لأنها لا تملكها وهذا قول مالك وقال الشافعي يرجع عليها بمهر المثل كقوله في الخلع على الحر والمغصوب ويمكن حمل كلام الخرقي على أنها ذكرت لزوجها أن سيدها أذن لها في هذا الخلع بهذه العين ولم تكن صادقة أو جهل أنها لا تملك العين، أو يكون اختاره فيما إذا خالعها على مغصوب أنه يرجع عليها بقيمته ويكون الرجوع عليها في حال عتقها لأنه الوقت الذي تملك فيه فهي كالمعسر يرجع عليه في حال يساره ويرجع بقيمته أو مثله لأنه مستحق تعذر تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق فوجب الرجوع بمثله أو قيمته كالمغصوب.

الفصل الثالث: إذا كان الخلع بإذن السيد تعلق العوض بذمته هذا قياس المذهب كما لو أذن لعبده في الاستدانة، ويحتمل أن يتعلق برقبة الأمة، وإن خالعها على معين بإذن السيد فيه ملكه، وإن أذن في قدر المال فخالعت بأكثر منه فالزيادة في ذمتها، وإن أطلق الإذن

اقتضى الخلع بالمسمى لها فإن خالعت به أو بما دونه لزم السيد، وإن كان بأكثر منه تعلقت الزيادة بذمتها كما لو عين لها قدراً فخالعت بأكثر منه وإن كانت مأذوناً لها في التجارة سلمت العوض مما في يدها.

فصل: والحكم في المكاتبة كالحكم في الأمة القن سواء. لأنها لا تملك التصرف فيما في يدها بتبرع وما لا حظ فيه وبذل المال في الخلع لا فائدة فيه من حيث تحصيل المال بل فيه ضرر بسقوط نفقتها وبعض مهرها إن كانت غير مدخول بها، وإذا كان الخلع بغير إذن السيد فالعوض في ذمتها يتبعها به بعد العتق، وإن كان بإذن السيد سلمه مما في يدها، وإن لم يكن في يدها شيء فهو على سيدها.

فصل: ويصح خلع المحجور عليها لفلس، وبذلها للعوض صحيح. لأن لها ذمة يصح تصرفها فيها ويرجع عليها بالعوض إذا أيسرت، وفك الحجر عنها وليس له مطالبتها في حال حجرها كما لو استدانت منه أو باعها شيئاً في ذمتها.

فصل: فأما المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لأنه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن لأنه ليس له الإذن في التبرعات وهذا كالتبرع. وفارق الأمة فإنها أهل التصرف ولهذا تصح منها الهبة وغيرها من التصرفات بإذنه ويفارق المفلسة لأنها من أهل التصرف. فإن خالع المحجور عليها بلفظ يكون طلاقاً فهو طلاق رجعي ولا يستحق عوضاً، وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان كالخلع بغير عوض ويحتمل أن لا يقع الخلع ها هنا لأنه إنما رضي به بعوض ولم يحصل له ولا أمكن الرجوع ببذله. قال أصحابنا: وليس لولي هؤلاء المخالعة بشيء من مالهن. لأنه إنما يملك التصرف بما لها فيه الحظ، وهذا لا حظ فيه بل فيه إسقاط نفقتها ومسكنها وبذل مالها، ويحتمل أن يملك ذلك إذا رأى الحظ فيه ويمكن أن يكون الحظ لها فيه بتخليصها ممن يتلف مالها وتخاف منه على نفسها وعقلها ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تبذيراً ولا سفهاً فيجوز له بذل مالها لتحصيل حظها وحفظ نفسها ومالها كما يجوز بذله في مداواتها وفكها من الأسر وهذا مذهب مالك، والأب وغيره من أوليائها في هذا سواء، وإن خالعها بشيء من ماله جاز لأنه يجوز من الأجنبي فمن الولي أولى.

فصل: إذا قال الأب طلق ابنتي وأنت بريء من صداقها فطلقها وقع الطلاق رجعياً ولم يبرأ من شيء ولم يرجع على الأب ولم يضمن له لأنه أبرأه مما ليس له الإبراء منه فأشبه الأجنبي. قال القاضي وقد قال أحمد إنه يرجع على الأب قال وهذا محمول على أن الزوج كان جاهلاً بأن إبراء الأب لا يصح فكان له الرجوع عليه لأنه غره فرجع عليه كما لو غره فزوجه معيبة، وإن علم أن إبراء الأب لا يصح لم يرجع بشيء، ويقع الطلاق رجعياً. لأنه خلا عن العوض، وفي الموضع الذي يرجع عليه يقع الطلاق بائناً لأنه بعوض فإن قال الزوج هي طالق إن أبرأتني من صداقها فقال قد أبرأتك لم يقع الطلاق لأنه لا يبرأ، وروي عن أحمد أن الطلاق واقع فيحتمل

أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالإبراء دون حقيقة البراءة، وإن قال الزوج هي طالق إن برئت من صداقها لم يقع لأنه علقه على شرط ولم يوجد، وإن قال الأب طلقها على ألف من مالها وعلى الدرك فطلقها طلقت بائناً لأنه بعوض وهو ما لزم الأب من ضمان الدرك ولا يملك الألف لأنه ليس له بذلها.

فصل: وإن قال لامرأتيه أنتما طالقتان بألف إن شئتما فقالتا قد شئنا وقع الطلاق بهما بائناً ولزمهما العوض بينهما على قدر مهريهما، وإن شاءت إحداهما دون الأخرى لم يطلق واحدة منهما لأنه جعل ما شئتما صفة في طلاق كل واحدة منهما ويخالف هذا ما لو قال أنتما طالقتان بألف فقبلت إحداهما دون الأخرى لزمه الطلاق بعوضه لأنه لم يجعل في طلاقها شرطاً وها هنا علق طلاق كل واحدة منها بمشيئتهما جميعاً فيتعلق الحكم بقولهما قد شئنا لفظاً لأنه ما في القلب لا سبيل إلى معرفته فلو قال الزوج ما شئتما وإنما قلتما ذلك بألسنتكما أو قالتا ما شئنا بقلوبنا لم يقبل.

فإذا ثبت هذا: فإن العوض يتقسط عليهما على قدر مهر كل واحدة منهما في الصحيح من المذهب وهو قول ابن حامد ومذهب أهل الرأي وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها وعلى قول أبي بكر من أصحابنا يكون ذلك عليهما نصفين وأصل هذا في النكاح إذا تزوج اثنتين بصداق واحد، وقد ذكرناه في موضعه فإن كانت إحداهما رشيدة والأخرى محجوراً عليها لسفه فقالتا قد شئنا وقع الطلاق عليهما ووجب على الرشيدة قسطها من العوض ووقع طلاقها بائناً ولا شيء على المحجور عليها ويكون طلاقها رجعياً لأن لها مشيئة ولكن الحجر مع صحة تصرفها ونفوذه ولهذا يرجع إلى مشيئة المحجور عليه في النكاح وفيما تأكله وكذلك إن كانت غير بالغة إلا أنها مميزة فإن لها مشيئة صحيحة ولهذا يخير الغلام بين أبويه إذا بلغ سبعاً وإن كانت إحداهما مجنونة أو صغيرة غير مميزة لم تصح المشيئة منها ولم يقع الطلاق وفي كل موضع حكمنا بوقوع الطلاق فإن الرشيدة يلزمها قسطها من العوض وهو قسط مهرها من العوض في أحد الوجهين وفي الآخر نصفه وإن قالت له امرأتاه طلقنا بألف بيننا نصفين فطلقهما فعلى كل واحدة منهما نصفه وجهاً واحداً. وإن طلق إحداهما وحدها فعليها نصف الألف وإن قالتا طلقنا بألف فطلقهما فالألف عليهما على قدر صداقيهما في أصح الوجهين وإن طلق إحداهما فعليها حصتها منه، وإن كانت إحداهما غير رشيدة فطلقهما فعلى الرشيدة حصتها من الألف ويقع طلاقها بائناً وتطلق الأخرى طلاقاً رجعياً ولا شيء عليها.

فصل: ويصح الخلع مع الأجنبي بغير إذن المرأة مثل أن يقول الأجنبي للزوج طلق امرأتك بألف علي وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال أبو ثور: لا يصح لأنه سفه فإنه يبذل عوضاً في مقابلة ما لا منفعة له فيه فإن الملك لا يحصل له فأشبه ما لو قال بع عبدك لزيد بألف علي.

ولنا: إنه بذل مال في مقابلة إسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال أعتق عبدك وعليّ ثمنه، ولأنه لو قال الق متاعك في البحر وعليّ ثمنه صح ولزمه ذلك مع أنه لا يسقط حقاً عن أحد فها هنا أولى ولأنه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها بعوض فجاز لغيرها كالدين وفارق البيع فإنه تمليك فلا يجوز بغير رضاء من يثبت له الملك وإن قال طلق امرأتك بمهرها وأنا ضامن له صح ويرجع عليه بمهرها.

فصل: وإن قالت له امرأته طلقني وضرتي بألف فطلقهما وقع الطلاق بهما بائناً واستحق الألف على باذلته. لأن الخلع مع الأجنبي جائز، وإن طلق إحداهما فقال القاضي تطلق طلاقاً بائناً ولزم الباذلة بحصتها من الألف وهذا مذهب الشافعي إلا أن بعضهم قال: يلزمها مهر مثل المطلقة وقياس قول أصحابنا فيما إذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يلزمها شيء ووقعت بها التطليقة أن لا يلزم الباذلة ها هنا شيء لأنه لم يجبها إلى ما سألت فلم يجب عليها ما بذلت، لأنه قد يكون غرضها في بينونتهما جميعاً منه فإذا طلق إحداهما لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها.

فصل: وإن قالت طلقني بألف على أن تطلق ضرتي أو على أن لا تطلق ضرتي فالخلع صحيح والشرط والبذل لازم وقال الشافعي: الشرط والعوض باطلان ويرجع لي مهر المثل لأن الشرط سلف في الطلاق والعوض بعضه في مقابلة الشرط الباطل فيكون الباقي مجهولاً، وقال أبو حنيفة: الشرط باطل والعوض صحيح لأن العقد يستقل بذلك العوض.

ولنا: إنها بذلت عوضاً في طلاقها وطلاق ضرتها فصح كما لو قالت طلقني وضرتي بألف فإن لم يف لها بشرطها فعليها الأقل من المسمى أو الألف الذي شرطته ويحتمل أن لا يستحق شيئاً من العوض لأنها إنما بذلته بشرط لم يوجد فلا يستحقه كما لو طلقها بغير عوض.

مسألة: قال: (وما خالع العبد به زوجته من شيء جاز وهو لسيده)

وجملة ذلك: أن كل زوج صح طلاقه صح خلعه. لأنه إذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء فلأن يملكه محصلاً للعوض أولى والعبد يملك الطلاق فملك الخلع وكذلك المكاتب والسفيه، وفي الصبي المميز وجهان بناء على صحة طلاقه، ومن لا يصح طلاقه كالطفل والمجنون لا يصح خلعه لأنه ليس من أهل التصرف فلا حكم لكلامه، ومتى خالع العبد كان العوض لسيده. لأنه من أكسابه واكتسابه لسيده وسائر من ذكرنا العوض لهم ويجب تسليم العوض إلى سيد العبد وولي المحجور عليه لأن العوض في خلع العبد ملك لسيده فلم يجز تسليمه إلى غيره إلا بإذنه. وولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا من حقوقه، وأما المكاتب فيدفع العوض إليه لأنه هو الذي يتصرف لنفسه وقال القاضي: يصح قبض العبد والمحجور عليه للعوض. لأن من صح خلعه صح قبضه للعوض كالمحجور عليه لفلس، واحتج بقول أحمد ما ملكه العبد من خلع فهو لسيده وإن استهلكه لم يرجع على

الواهب والمختلعة بشيء والمحجور عليه في معنى العبد، والأولى أن لا يجوز لأن العوض في الخلع لسيد العبد فلا يجوز دفعه إلى غير من هو له بغير إذن مالكه، والعوض في خلع المحجور عليه ملك له إلا أنه لا يجوز تسليمه إليه، لأن الحجر أفاد منعه من التصرف وكلام أحمد يحمل على ما إذا أتلفه العبد قبل تسليمه إليه، وعلى عدم الرجوع عليها لا يلزم منه جواز الدفع إليه فإنه لو رجع عليها لرجعت على العبد وتعلق حقها برقبته وهي ملك للسيد فلا فائدة في الرجوع عليها بما يرجع به على ماله. وإن أسلمت العوض إلى المحجور عليه لم تبرأ فإن أخذه الولي منه برئت، وإن أتلفه أو تلف كان لوليه الرجوع عليها به.

فصل: وقد توقف أحمد في طلاق الأب زوجة ابنه الصغير وخلعه إياها وسأله أبو الصقر على ذلك فقال: قد اختلف فيه وكأنه رآه. قال أبو بكر: لم يبلغني في هذه المسألة إلا ما رواه أبو الصقر فيخرج على قولين: إحداهما: يملك ذلك، وهو قول عطاء وقتادة، لأن ابن عمر طلق على ابن له معتوه، رواه الإمام أحمد، وعن عبد الله بن عمرو: أن المعتوه إذا عبث بأهله طلق عليه وليه، قال عمرو بن شعيب: وجدنا ذلك في كتاب عبد الله بن عمرو ولأنه يصح أن يزوجه فصح أن يطلق عليه إذا لم يكن متهماً كالحاكم يفسخ للإعسار ويزوج الصغير. والقول الآخر: لا يملك ذلك، وهو قول أبي حنيفة والشافعي. لأن النبي ﷺ قال: «الطلاق لمن أخذ بالساق» رواه ابن ماجة وعن عمر أنه قال: إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج، ولأنه إسقاط لحقه فلم يملكه كالإبراء من الدين وإسقاط القصاص، ولأن طريقه الشهوة فلم يدخل في الولاية. والقول في زوجة عبده الصغير كالقول في زوجة ابنه الصغير، لأنه في معناه.

مسألة: قال: (وإذا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة)

وجملة الأمر: أن المخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعاً. لأنه معاوضة فصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلافاً. ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع؛ وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة، وهذا قول الثوري وإسحاق، وقال أبو حنيفة: له العوض كله، فإن حابته فمن الثلث، لأنه ليس بوارث لها فصحت محاباتها له من الثلث كالأجنبي، وعن مالك كالمذهبين، وعنه يعتبر بخلع مثلها. وقال الشافعي: إن خالعت بمهر مثلها جاز، وإن زاد فالزيادة من الثلث.

ولنا: على أنه لا يعتبر مهر المثل أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمنا، واعتبار مهر المثل تقويم له وعلى إبطال الزيادة أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئاً من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل كما لو أوصت له أو أقرت له وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه، وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع وله جميع ما خالعها به، لأنا تبينا أنه ليس بمرض الموت والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة.

مسألة: قال: (ولو خالعها في مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها)

أما خلعه لزوجته فلا إشكال في صحته سواء كان بمهر مثلها أو أكثر أو أقل ولا يعتبر من الثلث، لأنه لو طلق بغير عوض لصح، فلأن يصح بعوض أولى، ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء فإنه لو مات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل إلى ورثته، فأما إن أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح، لأنه لا تهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك، فإنه لو لم يبنها لأخذته بميراثها، وإن أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها ذلك، لأنه اتهم في أنه قصد إيصال ذلك إليها، لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي في حباله فطلقها ليوصل ذلك إليها فمنع منه كما لو أوصى لوارث.

فصل: وإذا خالع امرأته على نفقة عدتها فحكي عن أحمد وأبي حنيفة: أنه يجوز ذلك، وهذا إنما يخرج على أصلي أحمد إذا كانت حاملاً، أما غير الحامل فلا نفقة لها عليه فلا تصح عوضاً، وقال الشافعي: لا تصح النفقة عوضاً، فإن خالعها به وجب مهر المثل، لأن النفقة لم تجب فلا يصح الخلع كما لو خالعها على عوض ما يتلفه عليها.

ولنا: إنها إحدى النفقتين فصحت المخالعة عليها كنفقة الصبي فيما إذا خالعته على كفالة ولده وقتاً معلوماً، وقولهم إنها لم تجب ممنوع فإنه قد قيل إن النفقة تجب بالعقد ثم إنها إن لم تجب فقد وجد سبب وجوبها كنفقة الصبي بخلاف عوض ما يتلفه.

مسألة: قال: (ولو خالعته بمحرم وهما كافران فقبضه ثم أسلما أو أحدهما لا يرجع عليها بشيء)

وجملة ذلك: أن الخلع من الكفار جائز سواء كانوا أهل الذمة أو أهل حرب لأن كل من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه كالمسلم فإن خالعها بعوض صحيح ثم أسلما وترافعا إلى الحاكم أمضى ذلك عليهما كالمسلمين وإن كان بمحرم كخمر وخنزير فقبضه ثم أسلما وترافعا إلينا أو أسلم أحدهما أمضى عليهما ولم يعوض له ولم يرده ولا يبقى له عليها شيء كما لو أصدقها خمراً ثم أسلما أو تبايعا خمراً أو تقابضا ثم أسلما، وإن كان إسلامهما أو ترافعهما قبل القبض لم يمضه الحاكم ولم يأمر بإقباضه لأن الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون عوضاً لمسلم أو من مسلم فلا يأمر الحاكم بإقباضه. قال القاضي في الجامع: ولا شيء له لأنه رضي منها بما ليس بمال كالمسلمين إذا تخالعا بخمر، وقال في المجرد: يجب مهر المثل، وهو مذهب الشافعي لأن العوض فاسد فيرجع إلى قيمة المتلف وهو مهر المثل وكلام الخرقي يدل بمفهومه على أنه يجب له شيء لأن تخصيصه حالة القبض بنفي الرجوع يدل على الرجوع مع عدم القبض، والفرق بينه وبين المسلم أن المسلم لا يعتقد الخمر والخنزير مالاً فإذا رضي به عوضاً فقد رضي بالخلع بغير مال فلم يكن له شيء والمشرك يعتقده مالاً فلم يرض بالخلع بغير عوض فيكون العوض واجباً كما لو خالعها على حر يظنه عبداً أو خمراً يظنه خلاً. إذا ثبت أنه يجب له العوض فذكر القاضي أنه

مهر المثل كما لو تزوجها على خمر ثم أسلما، وعلى ما عللنا به يقتضي وجوب قيمة ما سمي لها على تقدير كونه مالاً، فإنه رضي بمالية ذلك فيكون له قدره من المال كما لو خالعها على خمر يظنه خلاً، وإن حصل القبض في بعضه دون بعض سقط ما قبض وفيما لم يقبض الوجوه الثلاثة، والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَا إِنْ كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٧٨].

فصل: ويصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما منفرداً وكل من صح أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله ووكالته حراً كان أو عبداً، ذكراً أو أنثى، مسلماً أو كافراً محجوراً عليه أو رشيداً لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع فصح أن يكون وكيلاً وموكلاً فيه كالحر الرشيد وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافاً، ويكون توكيل المرأة في ثلاثة أشياء: استدعاء الخلع أو الطلاق وتقدير العوض وتسليمه، وتوكيل الرجل في ثلاثة أشياء: شرط العوض وقبضه، وإيقاع الطلاق أو الخلع، ويجوز التوكيل مع تقدير العوض ومن غير تقدير لأنه عقد معاوضة فصح كذلك كالبيع والنكاح، والمستحب التقدير لأنه أسلم من الغرر وأسهل على الوكيل لاستغنائه عن الاجتهاد، فإن وكل الزوج لم يخل من حالين: **أحدهما**: أن يقدر له العوض فخالع به أو بما زاد صح ولزم المسمى، لأنه فعل ما أمر به، وإن خالع بأقل منه ففيه وجهان: **أحدهما**: لا يصح الخلع، وهذا اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي لأنه خالف موكله فلم يصح تصرفه كما لو وكله في خلع امرأة فخالع أخرى، ولأنه لم يأذن له في الخلع بهذا العوض فلم يصح منه كالأجنبي. **والثاني**: يصح ويرجع على الوكيل بالنقص وهذا قول أبي بكر لأن المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع كحالة الإطلاق والأول أولى، وأما إن خالف في الجنس مثل أن يأمره بالخلع على دراهم فخالع على عبد أو بالعكس أو يأمره بالخلع حالاً فخالع بعوض نسيئة فالقياس أنه لا يصح لأنه مخالف لموكله في جنس العوض فلم يصح تصرفه كالوكيل في البيع، ولأن ما خالع به لا يملكه الموكل لكونه لم يأذن فيه ولا الوكيل لأنه لم يوجد السبب بالنسبة إليه، وفارق المخالفة في القدر لأنه أمكن جبره بالرجوع بالنقص على الوكيل وقال القاضي: القياس أن يلزم الوكيل القدر الذي أذن فيه، ويكون له ما خالع قياساً على المخالفة في القدر وهذا يبطل بالوكيل في البيع، ولأن هذا خلع لم يأذن فيه الزوج فلم يصح كما لو لم يوكله في شيء، ولأنه يفضي إلى أن يملك عوضاً ما ملكته إياه المرأة، ولا قصد هو تملكه وتنخلع المرأة من زوجها بغير عوض لزمها له بغير إذنه. وأما المخالفة في القدر فلا يلزم فيها ذلك مع أن الصحيح أنه لا يصح الخلع فيها أيضاً لما قدمناه والحال الثاني: إذا أطلق الوكالة فإنه يقتضي الخلع بمهرها المسمى حالاً من جنس نقد البلد فإن خالع بذلك فما زاد صح لأنه زاده خيراً وإن خالع بدونه ففيه الوجهان المذكوران فيما إذا قدر له العوض فخالع بدونه. وذكر القاضي احتمالين آخرين:

أحدهما: أن يسقط المسمى ويجب مهر المثل. لأنه خالع بما لم يؤذن له فيه. **والثاني**: أن يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة، وإن خالع بغير نقد

البلد فحكمه حكم ما لو عين له عوضاً فخالع بغير جنسه، وإن خالع الوكيل بما ليس بمال كالخمر والخنزير لم يصح الخلع ولم يقع الطلاق لأنه غير مأذون له فيه إنما أذن له في الخلع وهو إبانة المرأة بعوض وما أتى به وإنما أتى بطلاق غير مأذون له فيه ذكره القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي وسواء عين له العوض أو أطلق، وذكر في الجامع أن الخلع يصح ويرجع على الوكيل بالمسمى ولا شيء على المرأة، هذا إذا قلنا الخلع بلا عوض يصح وإن قلنا لا يصح لم يصح إلا أن يكون بلفظ الطلاق فيقع طلقة رجعية، واحتج بأن وكيل الزوجة لو خالع بذلك صح فكذلك وكيل الزوج، وهذا القياس غير صحيح فإن وكيل الزوج يوقع الطلاق فلا يصح أن يوقعه على غير ما أذن له فيه، ووكيل الزوجة لا يوقع وإنما يقبل، ولأن وكيل الزوج إذا خالع على محرم فوت على موكله العوض، ووكيل الزوجة يخلصها منه فلا يلزم من الصحة في موضع يخلص موكله من وجوب العوض عليه الصحة في موضع يفوته عليه ألا ترى أن وكيل الزوجة لو صالح بدون العوض الذي قدرته له صح ولزمها ولو خالع وكيل الزوج بدون العوض الذي قدره له لم يلزمه، وأما وكيل الزوجة فله حالان: **أحدهما**: أن تقدر له العوض فمتى خالع به فما دون صح ولزمها ذلك لأنه زادها خيراً، وإن خالع بأكثر منه صح ولم تلزمها الزيادة لأنها لم تأذن فيها ولزم الوكيل لأنه التزمه للزوج فلزمه الضمان كالمضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال. وقال القاضي في المجرد عليها مهر مثلها ولا شيء على وكيلها. لأنه لا يقبل العقد لنفسه إنما يقبله لغيره ولعل هذا مذهب الشافعي والأولى أنه لا يلزمها أكثر مما بذلته لأنها ما التزمت أكثر منه ولا وجد منها تغرير للزوج ولا ينبغي أن يجب للزوج أيضاً أكثر مما بذل له الوكيل لأنه رضي بذلك عوضاً وهو عوض صحيح معلوم فلم يكن له أكثر منه كما لو بذلته المرأة. **الثاني**: أن يطلق الوكالة فيقتضي خلعها بمهرها من جنس نقد البلد فإن خالعها بذلك فما دون صح ولزمها وإن خالعها بأكثر منه فهو كما لو خالعها بأكثر مما قدرت له على ما مضى من القول فيه.

فصل: إذا اختلفا في الخلع فادعاه الزوج وأنكرته المرأة بانت بإقراره ولم يستحق عليها عوضاً لأنها منكرة وعليها اليمين وإن ادعته المرأة وأنكره الزوج فالقول قوله لذلك ولا يستحق عليها عوضاً لأنه لا يدعيه، فإن اتفقا على الخلع واختلفا في قدر العوض أو جنسه أو حلوله أو تأجيله أو صفته فالقول قول المرأة حكاه أبو بكر نصاً عن أحمد وهو قول مالك وأبي حنيفة، وذكر القاضي رواية أخرى عن أحمد أن القول قول الزوج لأن البضع يخرج من ملكه فكان القول قوله في عوضه كالسيد مع مكاتبته وقال الشافعي يتحالفان لأنه اختلاف في عوض العقد فيتحالفان فيه كالمتبايعين إذا اختلفا في الثمن.

ولنا: إنه أحد نوعي الخلع فكان القول قول المرأة كالطلاق على مال إذا اختلفا في قدره ولأن المرأة منكرة للزيادة في القدر أو الصفة فكان القول قولها لقول النبي ﷺ: «اليمين على المدعى عليه» وأما التحالف في البيع فيحتاج إليه لفسخ العقد والخلع في نفسه فسخ فلا يفسخ، وإن قال خالعتك بألف فقالت إنما خالعت غيري بألف في ذمته بانت والقول قولها في نفي

العوض عنها لأنها منكرة له وإن قالت نعم ولكن ضمنها لك أبي أو غيره لـزمها الألف لإقـرارها به والضمان لا يبرىء ذمتها، وكـذلك إن قـالت خالعتـك على ألف يـزنه لـك أبي لأنها اعترفت بالألف وادعت على أبيها دعوى فقبل قولها على نفسها دون غيرهـا وإن قال سـألتني طلقة بـألف فقالت بل سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني واحدة بانت بإقراره والقول قولها في سقوط العوض وعند أكثر الفقهاء يلزمها ثلث الألف بناء على أصلهم فيما إذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحـدة أنه يلزمها ثلث الألف، وإن خالعها على ألف فادعى أنها دنـانير وقـالت بل هي دراهم فـالقول قولها لما ذكرنا في أول الفصل، ولو قال أحدهما كانت دراهم قراضة وقال الآخر مطلقـة فالقـول قولها إلا على الرواية التي حكاها القاضي فإن القول قـول الزوج في هـاتين المسـألتين وإن اتفقـا على الإطلاق لزم الألف من غالب نقد البلد، وإن اتفقا عـلى أنهما أرادا دراهم لزمهـا ما اتفقت إرادتهما عليه، وإن اختلفـا في الإرادة كان حكمهـا حكم المطلقـة يرجـع إلى غالب نقـد البلد، وقال القاضي: إذا اختلفـا في الإرادة وجب المهر المسمى في العقـد لأن اختلافهـما يجعل البـدل مجهولاً فيجب المسمى في النكاح، والأول أصح لأنهما لو أطلقـا لصحت التسمية ووجب الألف من غالب نقد البلد ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العـوض فكذلـك إذا اختلفا ولأنـه يجيز العوض المجهول إذا لم تكن جهالته تزيد على جهالة مهر المثل كعبد مطلق وبعير وفرس والجهالة ها هنا أقل فالصحة أولى.

فصل: إذا علق طلاق امرأته بصفة ثم أبانها بخلع أو طـلاق ثم عاد فـتزوجها ووجـدت الصفة طلقت، ومثاله إذا قال إن كلمت أبـاك فأنت طـالق ثم أبانها بخلع ثم تـزوجها فكلمت أباها فـإنها تطلق. نص عليـه أحمد، فـأما إن وجـدت الصفة في حـال البينونـة ثم تزوجهـا ثم وجدت مرة أخرى فظاهر المذهب أنها تطلق. وعن أحمد ما يدل على أنها لا تطلق نص عليـه في العتق في رجل قال لعبده أنت حر إن دخلت الدار فباعه ثم رجع يعني فـاشتراه فـإن رجع وقـد دخـل الدار لم يعتق وإن لم يكن دخـل فلا يـدخل إذا رجـع إليه فـإن دخل عتق، فـإذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود وجب أن يكون في الطلاق مثله بل أولى لأن العتق يتشوف الشرع إليه ولذلك قال الخرقي: وإذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق لم تطلق إن تزوجها، ولو قال إن ملكت فلاناً فهو حر فملكه صار حراً وهذا اختيار أبي الحسن التميمي، وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا أبانها بطلاق ثـلاث، وإن لم توجـد الصفة في حـال البينونـة هذا مـذهب مالك وأبي حنيفة وأحد أقوال الشافعي. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنـه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثاً إن دخلت الدار فطلقها ثلاثاً ثم نكحت غيره ثم نكحها الحالف ثم دخلت الدار أنه لا يقـع عليها الـطلاق وهذا عـلى مذهب مـالك والشـافعي وأصحـاب الرأي لأن إطـلاق الملك يقتضي ذلك فـإن أبانها دون الثـلاث فوجـدت الصفـة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم، وإن لم توجد الصفة في البينونة ثم نكحها لم تنحل في قول مالك وأصحاب الرأي وأحد أقوال الشافعي وله قول آخر لا تعود الصفة بحال وهو اختيار المزني وأبي إسحاق لأن الإيقاع وجد قبل النكاح فلم يقع كـما لو علقـه بالصفـة قبل أن يـتزوج بها فـإنه لا

خلاف في أنه لو قال لأجنبية أنت طالق إذا دخلت الدار ثم تزوجها ودخلت الدار لم تطلق وهذا في معناه. فأما إذا وجدت الصفة في حال البينونة انحلت اليمين لأن الشرط وجد في وقت لايمكن وقوع الطلاق فيه فسقطت اليمين وإذا انحلت مرة لم يمكن عودها إلا بعقد جديد.

ولنا: إن عقد الصفة ووقوعها وجدا في النكاح فيقع كما لو لم يتخلله بينونة أو كما لو بانت بما دون الثلاث عند مالك وأبي حنيفة ولم تفعل الصفة وقولهم إن هذا طلاق قبل نكاح قلنا يبطل بما إذا لم يكمل الثلاث، وقولهم تنحل الصفة بفعلها قلنا إنما تنحل بفعلها على وجه يحنث به وذلك لأن اليمين حل وعقد ثم ثبت أن عقدها يفتقر إلى الملك فكذلك حلها والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها فلا تنحل اليمين وأما العتق ففيه روايتان:

إحداهما: أن العتق كالنكاح في أن الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه فيكون كمسألتنا، **والثانية**: تنحل لأن الملك الثاني لا يبنى على الأول في شيء من أحكامه وفارق النكاح فإنه يبنى على الأول في بعض أحكامه وهو عدد الطلاق فجاز أن يبنى عليه في عود الصفة، ولأن هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق والحيل خداع لا تحل ما حرم الله فإن ابن ماجة وابن بطة رويا بإسنادهما عن أبي موسى قال: قال رسول الله ﷺ: «ما بال أقوام يلعبون بحدود الله ويستهزئون بآياته قد طلقتك قد راجعتك قد طلقتك» وفي لفظ رواه ابن بطة: «خلعتك وراجعتك طلقتك راجعتك» وروي بإسناده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله تعالى بأدنى الحيل»

فصل: فإن كانت الصفة لا تعود بعد النكاح الثاني مثل أن قال إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ثلاثاً ثم أبانها فأكلته ثم نكحها لم يحنث لأن حنثه بوجود الصفة في النكاح الثاني وما وجدت ولا يمكن إيقاع الطلاق بأكلها له حال البينونة لأن الطلاق لا يلحق البائن والله أعلم.

كتاب الطلاق

الطلاق حل قيد النكاح وهو مشروع، والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع.
أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وأما السنة فما روى ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك فقال له رسول الله ﷺ: «مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء» متفق عليه في آي وأخبار سوى هذين كثير، وأجمع الناس على جواز الطلاق والعبرة دالة على جوازه فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضرراً مجرداً بإلزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه.

فصل: والطلاق على خمسة أضرب(واجب) وهو طلاق المولى بعد التربص إذا أبى الفيئة، (وطلاق) الحكمين في الشقاق إذا رأيا ذلك (ومكروه) وهو الطلاق من غير حاجة إليه.
وقال القاضي فيه روايتان: **إحداهما:** أنه محرم لأنه ضرر بنفسه وزوجته وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه فكان حراماً كإتلاف المال، ولقول النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، **والثانية:** أنه مباح لقول النبي ﷺ: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» وفي لفظ «ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق» رواه أبو داود. وإنما يكون مبغوضاً من غير حاجة إليه وقد سماه النبي ﷺ حلالاً ولأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها فيكون مكروهاً.
والثالث: مباح وهو عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض بها، **والرابع:** مندوب إليه وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها ولا يمكنه إجبارها عليها أو تكون له امرأة غير عفيفة. قال أحمد: لا ينبغي له

إمساكها وذلك لأن فيه نقصاً لدينه ولا يأمن إفسادها لفراشه وإلحاقها به ولداً ليس هو منه، ولا بأس بعضلها في هذه الحال والتضييق عليها لتفتدي منه. قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ ويحتمل أن الطلاق في هذين الموضعين واجب ومن المندوب إليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة إلى المخالعة لتزيل عنها الضرر(وأما المحظور) فالطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه، أجمع العلماء في جميع الأمصار وكل الأعصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة لأن المطلق خالف السنة وترك أمر الله تعالى ورسوله. قال الله تعالى: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وقال النبي ﷺ: «إن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء» وفي لفظ رواه الدارقطني بإسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين آخرتين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: «يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله إنك أخطأت السنة والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء» ولأنه إذا طلق في الحيض طول العدة عليها فإن الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الإقراء الحيض وإذا طلق في طهر أصابها فيه لم يأمن أن تكون حاملاً فيندم وتكون مرتابة لا تدري أتعتد بالحمل أو الإقراء؟

مسألة: قال: (وطلاق السنة أن يطلقها ظاهراً من غير جماع واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها)

معنى طلاق السنة الطلاق الذي وافق أمر الله تعالى وأمر رسوله ﷺ في الآية والخبرين المذكورين وهو الطلاق في طهر لم يصبها فيه ثم يتركها حتى تنقضي عدتها ولا خلاف في أنه إذا طلقها في طهر لم يصبها فيه ثم تركها حتى تنقضي عدتها أنه مصيب للسنة مطلق للعدة التي أمر الله بها. قاله ابن عبد البر وابن المنذر، وقال ابن مسعود: طلاق السنة أن يطلقها من غير جماع، وقال في قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] قال طاهراً من غير جماع ونحوه عن ابن عباس. وفي حديث ابن عمر الذي رويناه(ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء) فأما قوله ثم يدعها حتى تنقضي عدتها فمعناه أنه لا يتبعها طلاقاً آخر قبل قضاء عدتها ولو طلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث في طهر واحد، قال أحمد طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض، وكذلك قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد وقال أبو حنيفة والثوري: السنة أن يطلقها ثلاثاً في كل قرء طلقة وهو قول سائر الكوفيين واحتجوا بحديث ابن عمر حين قال له النبي ﷺ: «راجعها ثم أمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر» قالوا وإنما أمره بإمساكها في هذا الطهر لأنه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل فإذا مضى ومضت الحيضة التي بعده أمره بطلاقها، وقول في حديثه الآخر والسنة أن يستقبل الطهر فيطلق لكل قرء.

وروى النسائي بإسناده عن عبد الله قال: طلاق السنة أن يطلقها تطليقة وهي طاهر في غير جماع فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم تعتد بعد ذلك بحيضة.

ولنا: ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «لا يطلق أحد للسنة فيندم» رواه الأثرم وهذا إنما يحصل في حق من لم يطلق ثلاثاً، وقال ابن سيرين إن علياً كرم الله وجهه قال: «لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثة فمتى شاء راجعها» رواه النجاد بإسناده.

وروى ابن عبد البر بإسناده عن ابن مسعود أنه قال: طلاق السنة أن يطلقها وهي طاهر ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها إن شاء. فأما حديث ابن عمر الأول فلا حجة لهم فيه لأنه ليس فيه جمع الثلاث، وأما حديثه الآخر فيحتمل أن يكون ذلك بعد ارتجاعها، ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها كان للسنة على كل حال حتى قد قال أبو حنيفة لو أمسكها بيده لشهوة ثم والى بين الثلاث كان مصيباً للسنة لأنه يكون مرتجعاً لها والمعنى فيه أنه إذا ارتجعها سقط حكم الطلقة الأولى فصارت كأنها لم توجد ولا غنى به عن الطلقة الأخرى إذا احتاج إلى فراق امرأته بخلاف ما إذا لم يرتجعها فإنه مستغن عنها لإفضائها إلى مقصوده من إبانتها فافترقا ولأن ما ذكروه أرداف طلاق من غير ارتجاع فلم يكن للسنة كجمع الثلاث في طهر واحد وتحريم المرأة لا يزول إلا بزوج وإصابة من غير حاجة فلم يكن للسنة كجمع الثلاث.

فصل: فإن طلق للبدعة وهو أن يطلقها حائضاً أو في طهر أصابها فيه أثم ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم، قال ابن المنذر وابن عبد البر لم يخالف في ذلك إلا أهل البدع والضلال وحكاه أبو نصر عن ابن علية وهشام بن الحكم والشيعة قالوا لا يقع طلاقه لأن الله تعالى أمر به في قبل العدة فإذا طلق في غيره لم يقع كالوكيل إذا أوقعه في زمن أمره موكله بإيقاعه في غيره.

ولنا: حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي ﷺ أن يراجعها وفي رواية الدارقطني قال: فقلت يا رسول الله أفرأيت لو أني طلقتها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال: «لا كانت تبين منك وتكون معصية» وقال نافع وكان عبد الله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه وراجعها كما أمره رسول الله ﷺ ومن رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال قلت لابن عمر أفتعتد عليه أو تحتسب عليه؟ قال نعم أرأيت إن عجز واستحق؟ وكلها أحاديث صحاح ولأنه طلاق من مكلف في محل الطلاق فوقع كطلاق الحامل ولأنه ليس بقربة فيعتبر لوقوعه موافقة السنة بل هي إزالة عصمة وقطع ملك فإيقاعه في زمن البدعة أولى تغليظاً عليه وعقوبة له أما غير الزوج فلا يملك الطلاق والزوج يملكه بملكه محله.

فصل: ويستحب أن يراجعها لأمر النبي ﷺ بمراجعتها وأقل أحوال الأمر الاستحباب ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق ولا يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول الثوري

والأوزاعي والشافعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي وحكى ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أن الرجعة تجب واختارها وهو قول مالك وداود لظاهر الامر في الوجوب ولأن الرجعة تجري مجرى استبقاء النكاح واستبقاؤه ها هنا واجب بدليل تحريم الطلاق ولأن الرجعة إمساك للزوجة بدليل قوله تعالى﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] فوجب ذلك كإمساكها قبل الطلاق، وقال مالك وداود يجبر على رجعتها قال أصحاب مالك يجبر على رجعتها ما دامت في العدة إلا أشهب قال ما لم تطهر ثم تحيض لأنه لا يجب عليه إمساكها في تلك الحال فلا يجب عليه رجعتها فيه.

ولنا: إنه طلاق لا يرتفع بالرجعة فلم تجب عليه الرجعة فيه كالطلاق في طهر مسها فيه فإنهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب حكاه ابن عبد البر عن جميع العلماء وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة وأما الأمر بالرجعة فمحمول على الاستحباب لما ذكرنا.

فصل: فإن راجعها وجب إمساكها حتى تطهر واستحب إمساكها حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر على ما أمر به النبي ﷺ في حديث عمر الذي رويناه قال ابن عبد البر ذلك من وجوه عند أهل العلم منها: أن الرجعة لا تكاد تعلم صحتها إلا بالوطء لأنه المبغي من النكاح ولا يحصل الوطء إلا في الطهر فإذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر واعتبرنا مظنة الوطء ومحله لا حقيقته ومنها: أن الطلاق كره في الحيض لتطويل العدة فلو طلقها عقيب الرجعة من غير وطء كانت في معنى المطلقة قبل الدخول وكانت تبني على عدتها فأراد رسول الله ﷺ قطع حكم الطلاق بالوطء واعتبر الطهر الذي هو موضع الوطء فإذا وطىء حرم طلاقها حتى تحيض ثم تطهر، وقد جاء في حديث عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «مره أن يراجعها فإذا طهرت مسها حتى إذا طهرت أخرى فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها» رواه ابن عبد البر ومنها: أنه عوقب على إيقاعه في الوقت المحرم بمنعه منه في الوقت الذي يباح له وذكر غير هذا فإن طلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قبل أن يمسها فهو طلاق سنة، وقال أصحاب مالك: لا يطلقها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر على ما جاء في الحديث.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وهذا مطلق للعدة فيدخل في الأمر وقد روى «يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين وزيد بن أسلم وأبو الزبير عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ أمره أن يراجعها حتى تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك ولم يذكروا تلك الزيادة» وهو حديث صحيح متفق عليه ولأنه طهر لم يمسها فيه فأشبه الثاني وحديثهم محمول على الاستحباب.

مسألة: قال: (ولو طلقها ثلاثاً في طهر لم يصبها فيه كان أيضاً للسنة وكان تاركاً للاختيار)

اختلفت الرواية عن أحمد في جمع الثلاث فروي عنه أنه غير محرم اختاره الخرقي وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وداود، وروي ذلك عن الحسن بن علي وعبد الرحمن بن عوف

والشعبي لأن عويمر العجلاني لما لاعن امرأته قال: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ متفق عليه ولم ينقل إنكار النبي ﷺ. «وعن عائشة أن امرأة رفاعة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي» متفق عليه وفي حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها أرسل إليها بثلاث تطليقات ولأنه طلاق جاز تفريقه فجاز جمعه كطلاق النساء **والرواية الثانية**: أن جمع الثلاث طلاق بدعة محرم اختارها أبو بكر وأبو حفص روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وهو قول مالك وأبي حنيفة قال علي رضي الله عنه: «لا يطلق أحد للسنة فيندم» وفي رواية قال: «يطلقها واحدة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاث حيض فمتى شاء راجعها» وعن عمر رضي الله عنه أنه كان إذا أتي برجل طلق ثلاثاً أوجعه ضرباً وعن مالك بن الحارث قال جاء رجل إلى ابن عباس فقال إن عمي طلق امرأته ثلاثاً فقال إن عمك عصى الله وأطاع الشيطان فلم يجعل الله له مخرجاً. ووجه ذلك قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] إلى قوله: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١] ثم قال بعد ذلك ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا﴾ [الطلاق: ٢] ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مِنْ أَمْرِهِۦ يُسْرًا﴾ [الطلاق: ٤] ومن جمع الثلاث لم يبق له أمر يحدث ولا يجعل الله له مخرجاً ولا من أمره يسراً. وروى النسائي بإسناده عن محمود بن لبيد قال أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فغضب ثم قال: «أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم؟» حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله. وفي حديث ابن عمر قال قلت يا رسول الله أرأيت لو طلقها ثلاثاً؟ قال: «إذن عصيت ربك وبانت منك امرأتك» وروى الدارقطني بإسناده عن علي قال سمع النبي ﷺ رجلاً طلق البتة فغضب وقال: «تتخذون آيات الله هزواً أو دين الله هزواً أو لعباً؟ من طلق البتة ألزمناه ثلاثاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره» ولأنه تحريم للبضع بقول الزوج من غير حاجة فحرم كالظهار بل هذا أولى لأن الظهار يرتفع تحريمه بالتكفير وهذا لا سبيل للزوج إلى رفعه بحال ولأنه ضرر وإضرار بنفسه وبامرأته من غير حاجة فيدخل في عموم النهي وربما كان وسيلة إلى عوده إليها حراماً أو بحيلة لا تزيل التحريم ووقوع الندم وخسارة الدنيا والآخرة فكان أولى بالتحريم من الطلاق في الحيض الذي ضرره بقاؤها في العدة أياماً يسيرة أو الطلاق في طهر مسها فيه الذي ضرره احتمال الندم بظهور الحمل فإن ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك أضعافاً كثيرة فالتحريم ثم تنبيه على التحريم ها هنا ولأنه قول من سمينا من الصحابة رواه الأثرم وغيره ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك إجماعاً.

وأما حديث المتلاعنين فغير لازم لأن الفرقة لم تقع بالطلاق فإنها وقعت بمجرد لعانهما وعند الشافعي بمجرد لعان الزوج فلا حجة فيه ثم إن اللعان يوجب تحريماً مؤبداً فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره ولأن جمع الثلاث إنما حرم لما يعقبه من الندم ويحصل به من الضرر ويفوت عليه من حل نكاحها ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان

لحصوله باللعان وسائر الأحاديث لم يقع فيها جمع الثلاث، بين يدي النبي ﷺ فيكون مقراً عليه ولا حضر المطلق عند النبي ﷺحين أخبر بذلك لينكر عليه، على أن حديث فاطمة قد جاء فيه أنه أرسل إليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها وحديث امرأة رفاعة جاء فيه أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات. متفق عليه فلم يكن(١) في شيء من ذلك جمع الثلاث ولا خلاف بين الجميع في أن الاختيار والأولى أن يطلق واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها إلا ما حكينا من قول من قال إنه يطلقها في كل قرء طلقة، والأول أولى فإن في ذلك امتثالاً لأمر الله سبحانه وموافقة لقول السلف وأمنا من الندم، فإنه متى ندم راجعها فإن فاته ذلك بانقضاء عدتها فله نكاحها، قال محمد بن سيرين إن علياً كرم الله وجهه قال: «لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثاً فمتى شاء راجعها» رواه النجاد بإسناده. وعن عبد الله قال: من أراد أن يطلق الطلاق الذي هو الطلاق فليمهل حتى إذا حاضت ثم طهرت طلقها تطليقة في غير جماع ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ولا يطلقها ثلاثاً وهي حامل فيجمع الله عليه نفقتها وأجر رضاعها ويندمه الله فلا يستطيع إليها سبيلاً.

فصل: وإن طلق ثلاثاً بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره ولا فرق بين قبل الدخول وبعده روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر وعبد الله بن عمرو وابن مسعود وأنس وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين والأئمة بعدهم وكان عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وأبو الشعثاء وعمرو بن دينار يقولون من طلق البكر ثلاثاً فهي واحدة وروى طاوس عن ابن عباس قال: «كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة» رواه أبو داود وروى سعيد بن جبير وعمرو بن دينار ومجاهد ومالك بن الحارث عن ابن عباس خلاف رواية طاوس أخرجه أيضاً أبو داود وأفتى ابن عباس بخلاف ما رواه عنه طاوس وقد ذكرنا حديث ابن عمر أرأيت لو طلقتها ثلاثاً وروى الدارقطني بإسناده عن عبادة بن الصامت قال: «طلق بعض آبائي امرأته ألفاً فانطلق بنوه إلى رسول الله ﷺ فقالوا يا رسول الله إن أبانا طلق أمنا ألفاً فهل له مخرج؟ فقال: «إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجاً بانت منه بثلاث على غير السنة وتسعمائة وسبعة وتسعون اثم في عنقه» ولأن النكاح ملك يصح إزالته متفرقاً فصح مجتمعاً كسائر الأملاك، فأما حديث ابن عباس فقد صحت الرواية عنه بخلافه وأفتى أيضاً بخلافه قال الأثرم سألت أبا عبد الله عن حديث ابن عباس بأي شيء تدفعه؟ فقال أدفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ثم ذكر عن عدة عن ابن عباس من وجوه أنها ثلاث، وقيل معنى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وإلا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان في

(١) في نسخة فلم يكره.

عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ولا يسوغ لابن عباس أن يروي هذا عن رسول الله ﷺ ويفتي بخلافه.

فصل: وإن طلق اثنتين في طهر ثم تركها حتى انقضت عدتها فهو للسنة لأنه لم يحرمها على نفسه ولم يسد على نفسه المخرج من الندم ولكنه ترك الاختيار لأنه فوت على نفسه طلقة جعلها الله له من غير فائدة تحصل بها، فكان مكروهاً كتضييع المال.

مسألة: قال: (وإذا قال لها أنت طالق للسنة وكانت حاملاً أو طاهراً لم يجامعها فيه فقد وقع الطلاق، وإن كانت حائضاً لزمها الطلاق إذا طهرت وإن كانت طاهرة مجامعة فيه فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة لزمها الطلاق)

وجملة ذلك أنه إذا قال لامرأته أنت طالق للسنة فمعناه في وقت السنة فإن كانت طاهراً غير مجامعة فيه فهو وقت السنة عما أسلفناه وكذلك إن كانت حاملاً، قال ابن عبد البر: لا خلاف بين العلماء أن الحمل طلاقها للسنة، وقال أحمد أذهب إلى حديث سالم عن أبيه ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً وأخرجه مسلم وغيره فأمره بالطلاق في الطهر أو في الحمل، فطلاق السنة ما وافق الأمر ولأن مطلق الحامل التي استبان حملها قد دخل على بصيرة فلا يخاف ظهور أمر يتجدد به الندم وليست مرتابة لعدم اشتباه الأمر عليها فإذا قال لها أنت طالق للسنة في هاتين الحالتين طلقت لأنه وصف الطلقة بصفتها فوقعت في الحال، وإن قال ذلك لحائض لم تقع في الحال لأن طلاقها طلاق بدعة لكن إذا طهرت طلقت لأن الصفة وجدت حينئذ فصار كأنه قال أنت طالق في النهار فإن كانت في النهار طلقت وإن كانت في الليل طلقت إذا جاء النهار، وإن كانت في طهر جامعها فيه لم يقع حتى تحيض ثم تطهر لأن الطهر الذي جامعها فيه والحيض بعده زمان بدعة فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة طلقت حينئذ لأن الصفة وجدت، وهذا كله مذهب الشافعي وأبي حنيفة ولا أعلم فيه مخالفاً، فإن أولج في آخر الحيض واتصل بأول الطهر أو أولج مع أول الطهر لم يقع الطلاق في ذلك الطهر لكن متى جاء طهر لم يجامعها فيه طلقت في أوله وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً.

فصل: إذا انقطع الدم من الحيض فقد دخل زمان السنة ويقع عليها طلاق السنة وإن لم تغتسل كذلك قال أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن طهرت لأكثر الحيض مثل ذلك وإن انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغتسل أو تتيمم عند عدم الماء وتصلي أو يخرج عنها وقت صلاة لأنه متى لم يوجد فما حكمنا بانقطاع حيضها.

ولنا: إنها طاهر فوقع بها طلاق السنة كالتي طهرت لأكثر الحيض، والدليل على أنها طاهر أنها تؤمر بالغسل ويلزمها ذلك ويصح منها وتؤمر بالصلاة وتصح صلاتها، ولأن في حديث ابن عمر فإذا طهرت طلقها إن شاء، وما قاله غير صحيح فإننا لو لم نحكم بالطهر لما أمرناها بالغسل ولا صح منها.

مسألة: قال: (ولو قال لها أنت طالق للبدعة وهي في طهر لم يصبها فيه لم تطلق حتى يصيبها أو تحيض)

هذه المسألة عكس تلك فإنه وصف الطلقة بأنها للبدعة فإن قال ذلك لحائض أو طاهر مجامعة فيه وقع الطلاق في الحال لأنه وصف الطلقة بصفتها وإن كانت في طهر لم يصبها فيه لم يقع في الحال فإذا حاضت طلقت بأول جزء من الحيض وإن أصابها طلقت بالتقاء الختانين فإن نزع من غير توقف فلا شيء عليها، وإن أولج بعد النزع فقد وطىء مطلقته ويأتي بيان حكم ذلك وإن أصابها واستدام ذلك فسنذكرها أيضاً إن شاء الله تعالى فيما بعد.

فصل: فإن قال لطاهر أنت طالق للبدعة في الحال فقد قيل: إن الصفة تلغو ويقع الطلاق. لأنه وصفها بما لا تتصف به فلغت الصفة دون الطلاق، ويحتمل أن تطلق في الحال ثلاثاً لأن ذلك طلاق بدعة فانصرف الوصف بالبدعة إليه لتعذر صفة البدعة من الجهة الأخرى، وإن قال لحائض أنت طالق للسنة في الحال لغت الصفة ووقع الطلاق لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به وإن قال أنت طالق ثلاثاً للسنة وثلاثاً للبدعة طلقت ثلاثاً في الحال بناء على ما سنذكره.

فصل: وإن قال أنت طالق ثلاثاً للسنة فالمنصوص عن أحمد أنها تطلق ثلاثاً إن كانت طاهراً غير مجامعة فيه، وإن كانت حائضاً طلقت ثلاثاً إذا طهرت وهذا مذهب الشافعي، قال القاضي وأبو الخطاب: هذا على الرواية التي قال فيها إن جمع الثلاث يكون سنة فأما على الرواية الأخرى فإذا طهرت طلقت واحدة وتطلق الثانية والثالثة في نكاحين آخرين أو بعد رجعتين وقد أنكر أحمد هذا فقال في رواية مهنا إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً للسنة قد اختلفوا فيه فمنهم من يقول يقع عليها الساعة واحدة فلو راجعها تقع عليها تطليقة أخرى وتكون عنده على أخرى وما يعجبني قولهم هذا فيحتمل أن أحمد أوقع الثلاث لأن ذلك عنده سنة ويحتمل أنه أوقعها لوصفه الثلاث بما لا تتصف به فألغى الصفة وأوقع الطلاق كما لو قال لحائض أنت طالق في الحال للسنة، وقد قال في رواية أبي الحارث ما يدل على هذا قال يقع عليها الثلاث ولا معنى لقوله للسنة.

وقال أبو حنيفة يقع في كل قرء طلقة، وإن كانت من ذوات الأشهر وقع في كل شهر طلقة وبناه على أصله في أن السنة تفريق الثلاث على الأطهار وقد بينا أن ذلك في حكم جمع الثلاث فإن قال أردت بقولي للسنة إيقاع واحدة في الحال واثنتين في نكاحين آخرين قبل منه، وإن قال: أردت أن يقع في كل قرء طلقة قبل أيضاً لأنه مذهب طائفة من أهل العلم وقد ورد به الأثر فلا يبعد أن يريده، وقال أصحابنا يدين، وهل يقبل في الحكم؟ على وجهين:

أحدهما: لا يقبل لأن ذلك ليس بسنة. **والثاني**: يقبل لما قدمنا فإن كانت في زمن البدعة فقال سبق لساني إلى قول السنة ولم أرده، وإنما أردت الإيقاع في الحال وقع في الحال لأنه مالك لإيقاعها فإذا اعترف بما يوقعها قبل منه.

فصل: إذا قال أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة طلقت في الحال طلقتين وتأخرت الثالثة إلى الأخرى لأنه سوى بين الحالين فاقتضى الظاهر أن يكونا سواء فيقع في الحال طلقة ونصف ثم يكمل النصف لكون الطلاق لا يتبعض فيقع طلقتان ويحتمل أن تقع طلقة وتتأخر اثنتان إلى الحال الأخرى لأن البعض يقع على ما دون الكل ويتناول القليل من ذلك والكثير فيقع أقل ما يقع عليه الاسم لأنه اليقين وما زاد لا يقع بالشك فيتأخر إلى الحال الأخرى. فإن قيل فلم لا يقع من كل طلقة بعضها ثم تكمل فيقع الثلاث؟ قلنا متى أمكنت القسمة من غير تكسير وجب القسمة على الصحة، وإن قال نصفهن للسنة ونصفهن للبدعة وقع في الحال طلقتان وتأخرت الثالثة، وإن قال طلقتان للسنة وواحدة للبدعة أو طلقتان للبدعة وواحدة للسنة فهو على ما قال، وإن أطلق ثم قال نويت ذلك فإن فسر نيته بما يوقع في الحال طلقتان قبل لأنه مقتضى الإطلاق ولأنه غير متهم فيه، وإن فسرها بما يوقع طلقة واحدة ويؤخر اثنتين دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم؟ فيه وجهان. أظهرهما: أنه يقبل لأن البعض حقيقة في القليل والكثير فما فسر كلامه به لا يخالف الحقيقة فيجب أن يقبل.

والثاني: لا يقبل لأنه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الإطلاق، ومذهب الشافعي على نحو هذا فإن قال أنت طالق ثلاثاً بعضها للسنة ولم يذكر شيئاً آخر احتمل أن تكون كالتي قبلها لأنه يلزم من ذلك أن يكون بعضها للبدعة فأشبه ما لو صرح به ويحتمل أنه لا يقع في الحال إلا واحدة لأنه لم يسو بين الحالين والبعض لا يقتضي النصف فتقع الواحدة لأنها اليقين والزائد لا يقع بالشك وكذلك لو قال بعضها للسنة وباقيها للبدعة أو سائرها للبدعة.

فصل: إذا قال أنت طالق إذا قدم زيد فقدم وهي حائض طلقت للبدعة ولم يأثم لأنه لم يقصده، وإن قال أنت طالق إذا قدم زيد للسنة فقدم في زمان السنة طلقت، وإن قدم في زمان البدعة لم يقع حتى إذا صارت إلى زمان السنة وقع ويصير كأنه قال حين قدم زيد أنت طالق للسنة لأنه أوقع الطلاق بقدوم زيد على صفة فلا يقع إلا عليها وإن قال لها أنت طالق للسنة إذا قدم زيد قبل أن يدخل بها طلقت عند قدومه حائضاً كانت أو طاهراً لأنها لا سنة لطلاقها ولا بدعة وإن قدم بعد دخوله بها وهي في طهر لم يصبها فيه طلقت وإن قدم في زمن البدعة لم تطلق حتى يجيء زمن السنة لأنها صارت ممن لطلاقها سنة وبدعة وإن قال لامرأته أنت طالق إذا جاء رأس الشهر للسنة فكان رأس الشهر في زمان السنة وقع وإلا وقع إذا جاء زمان السنة.

مسألة: قال: (ولو قال لها وهي حائض ولم يدخل بها أنت طالق للسنة طلقت من وقتها، لأنه لا سنة فيه ولا بدعة)

قال ابن عبد البر أجمع العلماء أن طلاق السنة إنما هو للمدخول بها أما غير المدخول بها فليس لطلاقها سنة ولا بدعة إلا في عدد الطلاق على اختلاف بينهم فيه وذلك لأن الطلاق في حق المدخول بها إذا كانت من ذوات الإقراء إنما كان له سنة وبدعة لأن العدة تطول عليها بالطلاق في الحيض وترتاب بالطلاق في الطهر الذي جامعها فيه وينتفي عنها الأمران بالطلاق في

الطهر الذي لم يجامعها فيه أما غير المدخول بها فلا عدة عليها تنفي تطويلها أو الارتياب فيها وكذلك ذوات الأشهر كالصغيرة التي لم تحض والآيسات من المحيض لا سنة لطلاقهن ولا بدعة لأن العدة لا تطول بطلاقها في حال ولا تحمل فترتاب وكذلك الحامل التي استبان حملها فهؤلاء كلهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة من جهة الوقت في قول أصحابنا وهو مذهب الشافعي وكثير من أهل العلم فإذا قال لإحدى هؤلاء أنت طالق للسنة أو للبدعة وقعت الطلقة في الحال ولغت الصفة، لأن طلاقها لا يتصف بذلك فصار كأنه قال: أنت طالق ولم يزد وكذلك إن قال: أنت طالق للسنة والبدعة أو قال: أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال، لأنه وصف الطلقة بصفتها ويحتمل كلام الخرقي أن يكون للحامل طلاق سنة لأنه طلاق أمر به بقوله عليه السلام: «ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً» وهو أيضاً ظاهر كلام أحمد فإنه قال اذهب إلى حديث سالم عن أبيه يعني هذا الحديث، ولأنها في حال انتقلت إليها بعد زمن البدعة ويمكن أن تنتقل عنها إلى زمان البدعة، فكان طلاقها طلاق سنة كالطاهر من الحيض من غير مجامعة ويتفرع من هذا أنه لو قال لها: أنت طالق للبدعة لم تطلق في الحال، فإذا وضعت الحمل طلقت لأن النفاس زمان بدعة كالحيض.

فصل: وإن قال لصغيرة أو غير مدخول بها: أنت طالق للبدعة، ثم قال: أردت إذا حاضت الصغيرة أو أصيبت غير المدخول بها أو قال لهما أنتما طالقتان للسنة. وقال: أردت طلاقهما في زمن يصير طلاقهما فيه للسنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم؟ فيه وجهان ذكرهما القاضي. **أحدهما**: لايقبل، وهو مذهب الشافعي لأنه خلاف الظاهر فأشبه ما لو قال أنت طالق ثم قال: أردت إذا دخلت الدار. **والثاني**: يقبل وهو الأشبه بمذهب أحمد. لأنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية إفهامها.

فصل: وإذا قال لها في طهر جامعها فيه: أنت طالق للسنة فيئست من المحيض لم تطلق. لأنه وصف طلاقها بأنه للسنة في زمن يصلح له فإذا صارت آيسة فليس لطلاقها سنة فلم توجد الصفة فلا يقع. وكذلك إن استبان حملها لم يقع أيضاً إلا على قول من جعل طلاق الحامل طلاق سنة فإنه ينبغي أن يقع لوجود الصفة كما لو حاضت ثم طهرت.

فصل: إذا قال أنت طالق في كل قرء طلقة وهي من ذوات القرء وقع في كل قرء طلقة، فإن كانت في القرء وقعت بها واحدة في الحال ووقع بها طلقتان في قرأين آخرين في أولها سواء قلنا القرء الحيض أو الإطهار، وسواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها. إلا أن غير المدخول بها تبين بالطلقة الأولى، فإن تزوجها وقع بها في القرء الثاني طلقة أخرى وكذلك الحكم في الثالثة، وإن كانت صغيرة وقلنا القرء الحيض لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة وإن قلنا القرء الإطهار احتمل أن تطلق في الحال واحدة ثم لا تطلق حتى تحيض ثم تطهر فتطلق الثانية ثم الثالثة في الطهر الآخر ثم تطهر لأن الطهر قبل الحيض كله قرء واحد، ويحتمل أن لا تطلق حتى تطهر بعد الحيض، لأن القرء هو الطهر بين الحيضتين، وكذلك لو حاضت

الصغيرة في عدتها لم تحتسب بالطهر الذي قبل الحيض من عدتها في أحد الوجهين، والحكم في الحامل كالحكم في الصغيرة، لأن زمن الحمل كله قرء واحد في أحد الوجهين إذا قلنا الاقراء الإطهار. والوجه الآخر: ليس بقرء على كل حال، وإن كانت آيسة. فقال القاضي: تطلق واحدة على كل حال. لأنه علق طلاقها بصفة تستحيل فيها فلغت ووقع بها الطلاق كما لو قال لها: أنت طالق للبدعة وإذا طلقت الحامل في حال حملها بانت بوضعه. لأن عدتها تنقضي به فلم يلحقها طلاق آخر فإن استأنف نكاحها أو راجعها قبل وضع حملها ثم طهرت من النفاس طلقت أخرى ثم إذا حاضت ثم طهرت وقعت الثالثة.

فصل: فإن قال أنت طالق للسنة إن كان الطلاق يقع عليك للسنة وهي في زمن السنة طلقت بوجود الصفة وإن لم تكن في زمن السنة انحلت الصفة ولم يقع بحال لأن الشرط ما وجد. وكذلك إن قال: أنت طالق للبدعة إن كان الطلاق يقع عليك للبدعة إن كانت في زمن البدعة وقع وإلا لم يقع بحال. فإن كانت ممن لا سنة لطلاقها ولا بدعة فذكر القاضي فيها احتمالين:

أحدهما: لا يقع في المسألتين لأن الصفة ما وجدت فأشبه، مالو قال أنت طالق إن كنت هاشمية، ولم تكن هاشمية.

والثاني: تطلق لأنه شرط لوقوع الطلقة شرطاً مستحيلاً فلغي ووقع الطلاق كما لو قال أنت طالق للسنة والأول أشبه وللشافعية وجهان كهذين.

فصل: فإن قال أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمله أو أعدله أو أكمله أو أتمه أو أفضله أو قال طلقة حسنة أو جميلة أو عدلة أو سنية كان ذلك كله عبارة عن طلاق السنة وبه قال الشافعي، وقال محمد بن الحسن إذا قال أعدل الطلاق أو أحسنه ونحوه كقولنا، وإن قال طلقة سنية أو عدلة وقع الطلاق في الحال لأن الطلاق لا يتصف بالوقت والسنة والبدعة وقت فإذا وصفها بما لا تتصف به سقطت الصفة كما لو قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة رجعية أو قال لها أنت طالق للسنة أو البدعة.

ولنا: إن ذلك عبارة عن طلاق السنة ويصح وصف الطلاق بالسنة والحسن لكونه في ذلك الوقت موافقاً للسنة مطابقاً للشرع فهو كقوله أحسن الطلاق. وفارق قوله طلقة رجعية لأن الرجعة لا تكون إلا في عدة ولا عدة لها فلا يحصل ذلك بقوله، فإن قال نويت بقولي أعدل الطلاق وقوعه في حال الحيض لأنه أشبه بأخلاقها القبيحة ولم أرد الوقت وكانت في الحيض وقع الطلاق لأنه إقرار على نفسه بما فيه تغليظ، وإن كانت في حال السنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم؟ على وجهين كما تقدم.

فصل: فإن عكس فقال أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه أو أفحشه أو أنتنه أو أرداه حمل على طلاق البدعة فإن كانت في وقت البدعة وإلا وقف على مجيء زمان البدعة، وحكي

عن أبي بكر أنه يقع ثلاثاً إن قلنا إن جمع الثلاث بدعة. وينبغي أن تقع الثلاث في وقت البدعة ليكون جامعاً لبدعتي الطلاق فيكون أقبح الطلاق، وإن نوى بذلك غير طلاق البدعة نحو أن يقول إنما أردت أن طلاقك أقبح الطلاق لأنك لا تستحقينه لحسن عشرتك وجميل طريقتك وقع في الحال، وإن قال أردت بذلك طلاق السنة ليتأخر الطلاق عن نفسه إلى زمن السنة لم يقبل لأن لفظه لا يحتمله، وإن قال أنت طالق طلقة حسنة قبيحة فاحشة جميلة تامة ناقصة وقع في الحال. لأنه وصفها بصفتين متضادتين فلغيا وبقي مجرد الطلاق. فإن قال أردت أنها حسنة لكونها في زمان السنة وقبيحة لإضرارها بك، أو قال أردت أنها حسنة لتخليصي من شرك وسوء خلقك وقبيحة لكونها في زمان البدعة وكان ذلك يؤخر وقوع الطلاق عنه دين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على وجهين.

فصل: فإن قال أنت طالق طلاق الحرج فقال القاضي معناه طلاق البدعة. لأن الحرج الضيق والإثم فكأنه قال طلاق الإثم وطلاق البدعة طلاق إثم، وحكى ابن المنذر عن علي رضي الله عنه أنه يقع ثلاثاً لأن الحرج الضيق والذي يضيق عليه ويمنعه الرجوع إليها ويمنعها الرجوع إليه هو الثلاث. وهو مع ذلك طلاق بدعة وفيه إثم فيجتمع عليه الأمران الضيق والإثم، وإن قال طلاق الحرج والسنة كان كقوله طلاق البدعة والسنة.

مسألة: قال: (وطلاق الزائل العقل بلا سكر لا يقع)

أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما في معناه لا يقع طلاقه. كذلك قال عثمان وعلي وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي وأبو قلابة وقتادة والزهري ويحيى الأنصاري ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق في حال نومه لا طلاق له، وقد ثبت أن النبي ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق».

وروي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله» رواه النجاد، وقال الترمذي لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان وهو ذاهب الحديث، وروي بإسناده عن علي مثل ذلك ولأنه قول يزيل الملك فاعتبر له العقل كالبيع وسواء زال عقله لجنون أو إغماء أو نوم أو شرب دواء أو إكراه على شرب خمر أو شرب ما يزيل عقله شربه. ولا يعلم أنه مزيل للعقل فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافاً، فأما إن شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالماً به متلاعباً فحكمه حكم السكران في طلاقه. وبهذا قال أصحاب الشافعي: وقال أصحاب أبي حنيفة لا يقع طلاقه. لأنه لا يلتذ بشربها.

ولنا: إنه زال عقله بمعصية فأشبه السكران.

فصل: قال أحمد في المغمى عليه إذا طلق فلما أفاق علم أنه كان مغمى عليه. وهو ذاكر لذلك. فقال: إذا كان ذاكراً لذلك فليس هو مغمى عليه يجوز طلاقه، وقال في رواية أبي طالب في المجنون يطلق فقيل له بعد ما أفاق: إنك طلقت امرأتك. فقال: أنا أذكر أني طلقت ولم يكن عقلي معي. فقال إذا كان يذكر أنه طلق فقد طلقت فلم يجعله مجنوناً إذا كان يذكر الطلاق ويعلم به. وهذا والله أعلم فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية وبطلان حواسه، فأما من كان جنونه لنشاف أو كان مبرسماً فإنه يسقط حكم تصرفه. مع أن معرفته غير ذاهبة بالكلية فلا يضره ذكره للطلاق إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال: (وعن أبي عبد الله رحمه الله في السكران روايات: رواية يقع الطلاق ورواية لا يقع، ورواية يتوقف عن الجواب ويقول قد اختلف فيه أصحاب رسول الله ﷺ)

أما التوقف عن الجواب فليس بقول في المسألة إنما هو ترك للقول فيها وتوقف عنها لتعارض الأدلة فيها وإشكال دليلها ويبقى في المسألة روايتان:

إحداهما: يقع طلاقه اختارها أبو بكر الخلال والقاضي: وهو مذهب سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وميمون بن مهران والحكم ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه وابن شبرمة وأبي حنيفة وصاحبيه وسليمان بن حرب لقول النبي ﷺ: «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه» ومثل هذا عن علي ومعاوية وابن عباس قال[1] ابن عباس طلاق السكران جائز إن ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك. ولأن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف بدليل ما روى أبو وبرة الكلبي. قال أرسلني خالد إلى عمر فأتيته في المسجد ومعه عثمان وعلي وعبد الرحمن وطلحة والزبير فقلت: إن خالداً يقول إن الناس انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة، فقال عمر: هؤلاء عندك فسلهم فقال علي نراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى، وعلى المفتري ثمانون، فقال عمر أبلغ صاحبك ما قال فجعلوه كالصاحي ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه فوجب أن يقع كطلاق الصاحي ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقة وبهذا فارق المجنون.

والرواية الثانية: لا يقع طلاقه اختارها أبو بكر عبد العزيز. وهو قول عثمان رضي الله عنه ومذهب عمر بن عبد العزيز والقاسم وطاوس وربيعة ويحيى الأنصاري والليث والعنبري وإسحاق وأبو ثور والمزني. قال ابن المنذر: هذا ثابت عن عثمان. ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه، وقال أحمد حديث عثمان أرفع شيء فيه. وهو أصح يعني من حديث علي وحديث الأعمش منصور لا يرفعه إلى علي ولأنه زائل العقل أشبه المجنون، والنائم ولأنه مفقود الإرادة

---

(١) بل ذكر البخاري في صحيحه قال ابن عباس طلاق السكران والمستكره ليس بجائز هكذا بصيغة الجزم وما كان فيه بصيغة الجزم حكمه حكم مسنده في الصحة.

أشبه المكره ولأن العقل شرط للتكليف إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهي ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه، ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية أو غيرها بدليل أن من كسر ساقيه جاز له أن يصلي قاعداً، ولو ضربت المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة، ولو ضرب رأسه فجن سقط التكليف. وحديث أبي هريرة لا يثبت وأما قتله وسرقته فهو كمسألتنا.

فصل: والحكم في عتقه ونذره وبيعه وشرائه وردته وإقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحكم في طلاقه لأن المعنى في الجميع واحد، وقد روي عن أحمد في بيعه وشرائه الروايات الثلاث وسأله ابن منصور إذا طلق السكران أو سرق أو زنى أو افترى أو اشترى أو باع فقال أجبن عنه لا يصح من أمر السكران شيء وقال أبو عبد الله بن حامد حكم السكران حكم الصاحي فيما له وفيما عليه فأما فيما له وعليه كالبيع والنكاح والمعاوضات فهو كالمجنون لا يصح له شيء وقد أومأ إليه أحمد، والأولى أن ماله أيضاً لا يصح منه لأن تصحيح تصرفاته فيما عليه مؤاخذة له وليس من المؤاخذة تصحيح تصرف له.

فصل: وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه، ولا يعرف رداءه من رداء غيره، ونعله من نعل غيره ونحوه ذلك لأن الله تعالى قال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣] فجعل علامة زوال السكر علمه ما يقول، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: استقرئوه القرآن أو ألقوا رداءه في الأردية فإن قرأ أم القرآن أو عرف رداءه وإلا فأقم عليه الحد، ولا يعتبر أن لا يعرف السماء من الأرض ولا الذكر من الأنثى لأن ذلك لا يخفى على المجنون فعليه أولى.

مسألة: قال: (وإذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه).

وأما الصبي الذي لا يعقل فلا خلاف في أنه لا طلاق له وأما الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع اختارها أبو بكر والخرقي وابن حامد وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق، وروى أبو طالب عن أحمد لا يجوز طلاقه حتى يحتلم وهو قول النخعي والزهري ومالك وحماد والثوري وأبي عبيد، وذكر أبو عبيد أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز، وروي نحو ذلك عن ابن عباس لقول النبي ﷺ: «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم» ولأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون، ووجه الأولى قوله عليه السلام: «الطلاق لمن أخذ بالساق» وقوله: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله» وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال: اكتموا الصبيان النكاح فيفهم منه أن فائدته أن لا يطلقوا ولأنه طلاق من عاقل صادف محل الطلاق فوقع كطلاق البالغ.

فصل: وأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل وهو اختيار القاضي وروي عن أحمد أبو الحارث إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتي

عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر وهو اختيار أبي بكر لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هذا وعنى سعيد بن المسيب إذا أحصى الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه، وقال عطاء إذا بلغ أن يصيب النساء، وعن الحسن إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان، وقال إسحاق إذا جاوز اثنتي عشرة.

فصل: ومن أجاز طلاق الصبي اقتضى مذهبه أن يجوز توكيله فيه وتوكله لغيره وقد أومأ إليه أحمد فقال في رجل قال لصبي طلق امرأتي فقال قد طلقتك ثلاثاً لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق فقيل له فإن كانت له زوجة صبية فقالت صير أمري إلي، فقال لها أمرك بيدك فقالت قد اخترت نفسي فقال أحمد ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل الطلاق، وقال أبو بكر لا يصح أن يوكل حتى يبلغ وحكاه عن أحمد.

ولنا: إن من صح تصرفه في شيء مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله ووكالته فيه كالبالغ وما روي عن أحمد من منع ذلك فهو على الرواية التي لا تجيز طلاقه إن شاء الله تعالى.

فصل: فأما السفيه فيقع طلاقه في قول أكثر أهل العلم منهم القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ومنع منه عطاء، والأولى صحته لأنه مكلف مالك لمحل الطلاق فوقع طلاقه كالرشيد والحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ما هو محجور عليه فيه كالمفلس.

مسألة: قال: (ومن أكره على الطلاق لم يلزمه)

لا تختلف الرواية عن أحمد أن طلاق المكره لا يقع وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز وابن عون وأيوب السختياني ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وأجازه أبو قلابة والشعبي والنخعي والزهري والثوري وأبو حنيفة وصاحباه لأنه طلاق من مكلف في محل يملكه فينفذ كطلاق غير المكره.

ولنا: قول النبي ﷺ: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» رواه ابن ماجة وعن عائشة رضي الله عنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا طلاق في إغلاق» رواه أبو داود والأثرم قال أبو عبيد والقتيبي معناه في إكراه وقال أبو بكر سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا يريد الإكراه لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه، ويدخل في هذا المعنى المبرسم والمجنون ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعاً ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها.

فصل: وإن كان الإكراه بحق نحو إكراه الحاكم المولى على الطلاق بعد التربص إذا لم يفيء وإكراهه الرجلين اللذين زوجها وليان ولا يعلم السابق منهما على الطلاق وقع الطلاق

لأنه قول حمل عليه بحق فصح كإسلام المرتد إذا أكره عليه ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يقصد المحصول.

مسألة: قال: (ولا يكون مكرهاً حتى ينال بشيء من العذاب مثل الضرب أو الخنق أو عصر الساق وما أشبهه ولا يكون التواعد كرهاً)

أما إذا نيل بشيء من العذاب كالضرب والخنق والعصر والحبس والغط في الماء مع الوعيد فإنه يكون إكراهاً بلا إشكال لما روي أن المشركين أخذوا عماراً فأرادوه على الشرك فأعطاهم فانتهى إليه النبي ﷺ وهو يبكي فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول: «أخذك المشركون فغطوك في الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم» رواه أبو حفص بإسناده، وقال عمر رضي الله عنه ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أوجعته من الجوع أو ضربته أو أوثقته وهذا يقتضي وجود فعل يكون به إكراهاً، فأما الوعيد بمفرده فعن أحمد فيه روايتان: إحداهما: ليس بإكراه لأن الذي ورد الشرع بالرخصة معه هو ما ورد في حديث عمار وفيه «أنهم أخذوك فغطوك في الماء» فلا يثبت الحكم إلا فيما كان مثله.

والرواية الثانية: أن الوعيد بمفرده إكراه. قال في رواية ابن منصور حد الإكراه إذا خاف القتل أو ضرباً شديداً وهذا قول أكثر الفقهاء وبه يقول أبو حنيفة والشافعي لأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد فإن الماضي من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ولا يخشى من وقوعه وإنما أبيح له فعل المكره عليه دفعاً لما يتوعده به من العقوبة فيما بعد وهو في الموضعين واحد، ولأنه متى توعده بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يبح له الفعل أفضى إلى قتله وإلقائه بيده إلى التهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالإكراه شيئاً لأنه إذا طلق في هذه الحال وقع طلاقه فيصل المكره إلى مراده ويقع الضرر بالمكره وثبوت الإكراه في حق من نيل بشيء من العذاب لا ينفي ثبوته في حق غيره، وقد روي عن عمر رضي الله عنه في الذي تدلى يشتار عسلاً فوقفت امرأته على الحبل وقالت طلقني ثلاثاً وإلا قطعته فذكرها الله والإسلام فقالت لتفعلن أو لأفعلن فطلقها ثلاثاً فرده إليها رواه سعيد بإسناده وهذا كان وعيداً.

فصل: ومن شرط الإكراه ثلاثة أمور: أحدها: أن يكون من قادر بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه وحكي عن الشعبي إن أكرهه اللص لم يقع طلاقه وإن أكرهه السلطان وقع. قال ابن عيينة لأن اللص يقتله وعموم ما ذكرناه في دليل الإكراه يتناول الجميع والذين أكرهوا عماراً لم يكونوا لصوصاً وقد قال النبي ﷺ لعمار: إن عادوا فعد ولأنه إكراه فمنع وقوع الطلاق كإكراه اللصوص. **الثاني**: أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ما طلبه. **والثالث**: أن يكون مما يستضر به ضرراً كثيراً كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويلين، فأما الشتم والسب فليس بإكراه رواية واحدة وكذلك أخذ المال اليسير، فأما الضرر اليسير فإن كان في حق من لا يبالي به فليس بإكراه وإن كان من ذوي المروءات على وجه يكون إخراقاً بصاحبه

وغضاً له وشهرة في حقه فهو كالضرب الكثير في حق غيره، وإن تـوعد بتعـذيب ولده فقـد قيل ليس بإكراهه لأن الضرر لاحق بغيره والأولى أن يكون إكراهـاً لأن ذلك عنـده أعظم من أخـذ ماله والوعيد بذلك إكراه فكذلك هذا.

فصل: وإن أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقـع لأنه غـير مكره عليـه وإن أكره عـلى طلقة فطلق ثلاثاً وقع أيضاً لأنه لم يكره على الثلاث وإن طلق من أكره على طلاقها وغيرها وقـع طـلاق غيرهـا دونها وإن حصلت نيته في الـطلاق دون دفع الإكـراه وقـع لأنـه قصـده واختـاره ويحتمل أن لا يقع لأن اللفظ مرفوع عنه فلا يبقى إلا مجـرد النية فـلا يقع بهـا طلاق، وإن طلق ونوى بقلبه غير امرأته أو تأول في يمينـه فله تأويله ويقبـل قولـه في نيته لأن الإكـراه دليل لـه على تأويله وإن لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع لأنه معذور وذكر أصحاب الشافعي وجهـاً أنه يقـع لأنه لا مكره له على نيته.

ولنا: إنه مكره عليه فلم يقـع لعموم مـا ذكرنـا من الأدلة ولأنـه قد لا يحصره التـأويل في تلك الحال فتفوت الرخصة.

باب تصريح الطلاق وغيره

وجملة ذلك أن الطلاق لا يقع بلفظ فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم منهم عطاء وجابر بن زيد وسعيد بن جبير ويحيى بن أبي كثير والشافعي وإسحاق وروي أيضاً عن القاسم وسالم والحسن والشعبي وقال الزهري إذا عزم على ذلك طلقت وقال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه أليس قد علمه الله.

ولنا: قول النبي ﷺ: «إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به نفسها ما لم تتكلم به أو تعمل» رواه النسائي والترمذي وقال هذا حديث صحيح ولأنه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بالنية كالبيع والهبة، وإن نواه بقلبه وأشار بأصابعه لم يقع أيضاً لما ذكرناه. إذا ثبت أنه يعتبر فيه اللفظ فاللفظ ينقسم فيه إلى صريح وكناية فالصريح يقع به الطلاق من غير نية والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه أو يأتي بما يقوم مقام نيته.

مسألة: قال: (وإذا قال قد طلقتك أو قد فارقتك أو قد سرحتك لزمها الطلاق)

هذا يقتضي أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن وهذا مذهب الشافعي وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده وما تصرف منه لا غير وهو مذهب أبي حنيفة ومالك إلا أن مالكاً يوقع الطلاق به بغير نية لأن الكنايات الظاهرة لا تفتقر عنده إلى النية وحجة هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيراً فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته، ووجه الأول أن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين فكانا صريحين فيه كلفظ الطلاق، قال الله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقال: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ وقال سبحانه: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ﴾ [النساء: ١٣٠] وقال سبحانه: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨] وقول ابن حامد أصح فإن الصريح في الشيء ما كان نصاً فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالاً بعيداً ولفظة الفراق والسراح إن وردا في القرآن بمعنى

الفرقة بين الزوجين فقد وردا لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيراً قال الله تعالى: ﴿وَٱعْتَصِمُوا بِحَبْلِ ٱللَّهِ جَمِيعاً وَلَا تَفَرَّقُوا﴾ [آل عمران: ١٠٣] وقال: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا ٱلْكِتَابَ﴾[البينة: ٤] فلا معنى لتخصيصه بفرق الطلاق على أن قوله: ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢] لم يرد به الطلاق وإنما هو ترك ارتجاعها وكذلك قوله: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق فإنه مختص بذلك سابق إلى الأفهام من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق والسراح فعلى كلا القولين إذا قال طلقتك أو أنت طالق أو مطلقة وقع الطلاق من غير نية وإن فارقتك أو قال أنت مفارقة أو سرحتك أو أنت مسرحة فمن يراه صريحاً أوقع به الطلاق من غير نية ومن لم يره صريحاً لم يوقعه به إلا أن ينويه، فإن قال أردت بقولي فارقتك أي بجسمي أو بقلبي أو بمذهبي أو سرحتك من يدي أو شغلي أو من حبسي أو سرحت شعرك قبل قوله، وإن قال أردت بقولي أنت طالق أي من وثاقي أو قال أردت أن أقول طلبتك فسبق لساني فقلت طلقتك ونحو ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى فمتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبد الله أنه إذا أراد أن يقول لزوجته اسقيني ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق أو أنت حرة أنه لا طلاق فيه، ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف فجرى على لسانه غير ما في قلبه فقال أرجو أن يكون الأمر فيه واسعاً وهل تقبل دعواه في الحكم؟ ينظر فإن كان في حال الغضب أو سؤالها الطلاق لم يقبل في الحكم لأن لفظه ظاهر في الطلاق وقرينة حاله تدل عليه فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهتين فلا تقبل وإن لم تكن في هذه الحال فظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وأبي الحارث أنه يقبل قوله وهو قول جابر بن زيد والشعبي والحكم حكاه عنهم أبو حفص لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالاً غير بعيد فقيل كما قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية إفهامها، وقال القاضي فيه روايتان هذه التي ذكرنا قال وهي ظاهر كلام أحمد والثانية: لا يقبل وهو مذهب الشافعي لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف فلم يقبل في الحكم كما لو أقر بعشرة ثم قال زيوفاً أو صغاراً أو إلى شهر فأما إن صرح بذلك في اللفظ فقال طلقتك من وثاقي أو فارقتك بجسمي أو سرحتك من يدي فلا شك في أن الطلاق لا يقع لأن ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط، وذكر أبو بكر في قوله أنت مطلقة أنه إن نوى أنها مطلقة طلاقاً ماضياً أو من زوج كان قبله لم يكن عليه شيء إن لم ينو شيئاً فعلى قولين: أحدهما: يقع. والثاني: لا يقع وهذا من قوله يقتضي أن تكون هذه اللفظة غير صريحة في أحد القولين قال القاضي والمنصوص عن أحمد أنه صريح وهو الصحيح لأن هذه متصرفة من لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه كقوله أنت طالق.

فصل: فأما لفظة الإطلاق فليست صريحة في الطلاق لأنها لم يثبت لها عرف الشرع ولا الاستعمال فأشبهت سائر كناياته، وذكر القاضي فيها احتمالاً أنها صريحة لأنه لا فرق بين فعلت وأفعلت نحو عظمته وأعظمته وكرمته وأكرمته وليس هذا الذي ذكره بمطرد فإنهم يقولون حييته من التحية وأحييته من الحياة وأصدقت المرأة صداقاً وصدقت حديثها تصديقاً ويفرقون بين

أقبل وقبل وأدبر ودبر وأبصر وبصر ويفرقون بين المعاني المختلفة بحركة أو حرف فيقولون حمل لما في البطن وبالكسر لما على الظهر والوقر بالفتح الثقل في الأذن وبالكسر لثقل الحمل، وها هنا فرق بين حل قيد النكاح وبين غيره بالتضعيف في أحدهما والهمزة في الآخر، ولو كان معنى اللفظين واحداً لقيل طلقت الأسيرين والفرس والطائر فهو طالق وطلقت الدابة فهي طالق ومطلقة ولم يسمع هذا في كلامهم وهذا مذهب الشافعي.

فصل: فإن قال أنت الطلاق فقال القاضي لا تختلف الرواية عن أحمد في أن الطلاق يقع به نواه أو لم ينوه وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ولأصحاب الشافعي فيه وجهان: **أحدهما**: أنه غير صحيح لأنه مصدر والأعيان لا توصف بالمصادر إلا مجازاً. **والثاني**: أن الطلاق لفظ صريح فلم يفتقر إلى نية كالمتصرف منه وهو مستعمل في عرفهم قال الشاعر:

نوهت باسمي في العالمين وأفـ ـنيت عمري عاماً فعاما
فأنت الطلاق وأنت الطلاق وأنت الطلاق ثلاثاً تماما

وقولهم إنه مجاز قلنا نعم إلا أنه يتعذر حمله على الحقيقة ولا محمل له يظهر سوى هذا المحمل فتعين فيه.

فصل: وصريح الطلاق بالعجمية بهشتم فإذا أتى بها العجمي وقع الطلاق منه بغير نية وقال النخعي وأبو حنيفة هو كناية لا يطلق به إلا بنية لأن معناه خليتك وهذه اللفظة كناية.

ولنا: إن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق يستعملونها فيه فأشبهت لفظ الطلاق بالعربية ولو لم تكن هذه صريحة لم يكن في العجمية صريح للطلاق وهذا بعيد ولا يضر كونها بمعنى خليتك فإن معنى طلقتك خليتك أيضاً إلا أنه لما كان موضوعاً له يستعمل فيه كان صريحاً كذا هذه ولا خلاف في أنه إذا نوى بها الطلاق كانت طلاقاً، كذلك قال الشعبي والنخعي والحسن ومالك والثوري وأبو حنيفة وزفر والشافعي.

مسألة: قال: (وإذا قال لها في الغضب أنت حرة أو لطمها فقال هذا طلاقك فقد وقع الطلاق)

الكلام في هذه المسألة في فصلين:

أحدهما: في أن هذا اللفظ كناية في الطلاق إذا نواه به وقع ولا يقع من غير نية ولا دلالة حال ولا نعلم خلافاً في أنت حرة أنه كناية فأما إذا لطمها وقال هذا طلاقك فإن كثيراً من الفقهاء قالوا ليس هذا كناية ولا يقع به طلاق، وإن نوى لأن هذا لا يؤدي معنى الطلاق ولا هو سبب له ولا حكم فلم يصح التعبير به عنه كقوله: (غفر الله لك) وقال ابن حامد يقع به الطلاق من غير نية لأن تقديره أوقعت عليك طلاقاً هذا الضرب من أجله فعلى قوله يكون هذا صريحاً، وقول الخرقي محتمل لهذا أيضاً، ويحتمل أنه إنما يوقعه إذا كان في حال الغضب فيكون

الغضب قائماً مقام النية كما قام مقامها في قوله أنت حرة، ويحتمل أن يكون لطمه لها قرينة تقوم مقام النية لأنه يصدر عن الغضب فجرى مجراه والصحيح أنه كناية في الطلاق لأنه محتمل بالتقدير الذي ذكره ابن حامد ويحتمل أن يريد أنه سبب لطلاقك لكون الطلاق معلقاً عليه فصح أن يعبر به عنه وليس بصريح لأنه احتاج إلى تقدير ولو كان صريحاً لم يحتج إلى ذلك ولأنه غير موضوع له ولا مستعمل فيه شرعاً ولا عرفاً فأشبه سائر الكنايات وعلى قياسه ما لو أطعمها أو سقاها أو كساها وقال هذا طلاقك أو لو فعلت المرأة فعلاً من قيام أو قعود أو فعل هو فعلاً، وقال هذا طلاقك فهو مثل لطمها إلا في أن اللطم يدل على الغضب القائم مقام النية فيكون هو أيضاً قائماً مقامها في وجه وما ذكرنا لا يقوم مقام النية عند من اعتبرها.

الفصل الثاني: أنه إذا أتى بالكناية في حال الغضب فذكر الخرقي في هذا الموضع أنه يقع الطلاق وذكر القاضي وأبو بكر وأبو الخطاب في ذلك روايتين:

إحداهما: يقع الطلاق، قال في رواية الميموني إذا قال لزوجته أنت حرة لوجه الله في الرضاء لا في الغضب فأخشى أن يكون طلاقاً.

والرواية الأخرى: ليس بطلاق وهو قول أبي حنيفة والشافعي إلا أن أبا حنيفة يقول في اعتدي واختاري وأمرك بيدك كقولنا في الوقوع واحتجا بأن هذا ليس بصريح في الطلاق ولم ينوه به فلم يقع به الطلاق كحال الرضاء ولأن مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضاء والغضب ويحتمل أن ما كان من الكنايات لا يستعمل في غير الفرقة إلا نادراً نحو قوله أنت حرة لوجه الله واعتدي واستبرئي وحبلك على غاربك وأنت بائن وأشباه ذلك أنه يقع في حال الغضب وجواب سؤال الطلاق من غير نية وما كثر استعماله لغير ذلك نحو اذهبي واخرجي وروحي وتقنعي لا يقع الطلاق به إلا بنية، ومذهب أبي حنيفة قريب من هذا وكلام أحمد والخرقي في الوقوع إنما ورد في قوله أنت حرة وهو مما لا يستعمله الإنسان في حق زوجته غالباً إلا كناية عن الطلاق ولا يلزم من الاكتفاء بذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية لأن ما كثر استعماله يوجد كثيراً غير مراد به الطلاق في حال الرضاء فكذلك في حال الغضب إذ لا حجر عليه في استعماله والتكلم به بخلاف ما لم تجر العادة بذكره فإنه لما قل استعماله في غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه إرادة الطلاق فإذا انضم إلى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق أو في حال الغضب قوي الظن فصار ظناً غالباً، ووجه الرواية الأخرى أن دلالة الحال تغير حكم الأقوال والأفعال فإن من قال لرجل يا عفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مدحاً له، وإن قاله في حال شتمه وتنقصه كان قذفاً وذماً، ولو قال إنه لا يغدر بذمة ولا يظلم حبة خردل وما أحد أوفى ذمة منه في حال المدح كان مدحاً بليغاً كما قال حسان:

فما حملت من ناقة فوق رحلها ... أبر وأوفى ذمة من محمد

ولو قاله في حال الذم كان هجاء قبيحاً كقول النجاشي:

قبيلة لا يغدرون بذمة ... ولا يظلمون الناس حبة خردل

وقال آخر:

كأن ربي لم يخلق لخشيته   سواهم من جميع الناس إنسانا

وهذا في هذا الموضع هجاء قبيح وذم حتى حكي عن حسان أنه قال: ما أراه إلا قد سلح عليهم ولولا القرينة ودلالة الحال كان من أحسن المدح وأبلغه وفي الأفعال لو أن رجلاً قصد رجلاً بسيف والحال يدل على المزح واللعب لم يجز قتله ولو دلت الحال على الجد جاز دفعه بالقتل والغضب ها هنا يدل على قصد الطلاق فيقوم مقامه.

فصل: وإن أتى بالكناية في حال سؤال الطلاق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أتى بها في حال الغضب على ما فيه من الخلاف والتفصيل، والوجه لذلك ما تقدم من التوجيه إلا أن المنصوص عن أحمد ها هنا أنه لا يصدق في عدم النية قال في رواية أبي الحارث إذا قال لم أنوه صدق في ذلك إذا لم تكن سألته الطلاق فإن كان بينهما غضب قبل ذلك فيفرق بين كونه جواباً للسؤال وكونه في حال الغضب وذلك لأن الجواب ينصرف إلى السؤال فلو قال لي عندك دينار قال نعم أو صدقت كان إقراراً به ولم يقبل منه تفسيره بغير الإقرار ولو قال زوجتك ابنتي وبعتك ثوبي هذا فقال قبلت صح وكفى ولم يحتج إلى زيادة عليه ولو أراد بالكناية حال الغضب أو سؤال الطلاق وغير الطلاق لم يقع الطلاق لأنه لو أراده بالصريح لم يقع فبالكناية أولى وإذا ادعى ذلك دين وهل يقبل في الحكم؟ فظاهر كلام أحمد في رواية أبي الحارث أنه يصدق إن كان في الغضب ولا يصدق إن كان جواباً لسؤال الطلاق ونقل عنه في موضع آخر أنه إذا قال أنت خلية أو بريئة أو بائن ولم يكن بينهما ذكر طلاق ولا غضب صدق فمفهومه أنه لا يصدق مع وجودهما وحكي هذا عن أبي حنيفة إلا في الأربعة المذكورة والصحيح أنه يصدق لما روى سعيد بإسناده أن رجلاً خطب إلى قوم فقالوا لا نزوجك حتى تطلق امرأتك فقال قد طلقت ثلاثاً فزوجوه ثم أمسك امرأته فقالوا ألم تقل إنك طلقت ثلاثاً؟ قال ألم تعلموا أني تزوجت فلانة ثم طلقتها ثم تزوجت فلانه وطلقتها ثم تزوجت فلانة وطلقتها فسئل عثمان عن ذلك فقال له نيته ولأنه أمر بنيته فيه فقبل قوله فيما يحتمله كما لو كرر لفظاً وقال أردت التوكيد.

مسألة: قال: (أبو عبد الله وإذا قال لها أنت خلية أو أنت بريئة أو أنت بائن أو حبلك على غاربك أو الحقي بأهلك فهو عندي ثلاث ولكن أكره أن أفتي به سواء دخل بها أو لم يدخل)

أكثر الروايات عن أبي عبد الله كراهية الفتيا في هذه الكنايات مع ميله إلى أنها ثلاث وحكى ابن أبي موسى في الإرشاد عنه روايتين: **إحداهما**: أنها ثلاث. **والثانية**: يرجع إلى ما نواه اختارها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي قال يرجع إلى ما نوى فإن لم ينو شيئاً وقعت واحدة ونحوه قول النخعي إلا أنه قال يقع طلقة بائنة لأن لفظه يقتضي البينونة ولا يقتضي عدداً وروى حنبل عن أحمد ما يدل على هذا فإنه قال يزيدها في مهرها إن أراد رجعتها ولو وقع ثلاثاً لم يبح له رجعتها ولو لم تبن لم يحتج إلى زيادة في مهرها.

واحتج الشافعي بما روى أبو داود بإسناده أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبي ﷺ بذلك وقال والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله ﷺ: «والله ما أردت إلا واحدة؟» فقال ركانة والله ما أردت إلا واحدة فردها إليه رسول الله ﷺ فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان، قال علي بن محمد الطنافسي ما أشرف هذا الحديث ولأن النبي ﷺ قال لابنة الجون: «الحقي بأهلك» ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثاً وقد نهى عن ذلك، ولأن الكنايات مع النية كالصريح فلم يقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة كقوله أنت طالق.

وقال الثوري وأصحاب الرأي إن نوى ثلاثاً فثلاث وإن نوى اثنتين أو واحدة وقعت واحدة ولا يقع اثنتين لأن الكناية تقتضي البينونة دون العدد والبينونة بينونتان صغرى وكبرى فالصغرى بالواحدة والكبرى بالثلاث ولو أوقعنا اثنتين كان موجبه العدد وهي لا تقتضيه.

وقال ربيعة ومالك: يقع بها الثلاث وإن لم ينو إلا في خلع أو قبل الدخول فإنها تطلق واحدة لأنها تقتضي البينونة والبينونة تحصل في الخلع وقبل الدخول بواحدة فلم يزد عليها لأن اللفظ لا يقتضي زيادة عليها وفي غيرهما يقع الثلاث ضرورة أن البينونة لا تحصل إلا بها ووجه أنها ثلاث أنه قول أصحاب رسول الله ﷺ فروي عن علي وابن عمر وزيد بن ثابت أنها ثلاث، قال أحمد في الخلية والبريئة والبتة قول علي وابن عمر قول صحيح ثلاثاً.

وقال علي والحسن والزهري في البائن إنها ثلاث. وروى النجاد بإسناده عن نافع أن رجلاً جاء إلى عاصم وابن الزبير إن ظئري هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل تجدان له رخصة؟ فقالا: لا ولكنا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة فسلهم ثم ارجع إلينا فأخبرنا فسألهم فقال أبو هريرة: لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، وقال ابن عباس هي ثلاث وذكر عن عائشة متابعتهما.

وروى النجاد بإسناده أن عمر رضي الله عنه جعل البتة واحدة ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات، وهذه أقوال علماء الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً، ولأنه طلق امرأته بلفظ يقتضي البينونة فوجب الحكم بطلاق تحصل به البينونة كما لو طلق ثلاثاً أو نوى الثلاث واقتضاؤه للبينونة ظاهر في قوله أنت بائن وكذا في قوله البتة لأن البت القطع فكأنه قطع النكاح كله ولذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث كما قالت امرأة رفاعة إن رفاعة طلقني فبت طلاقي وبتله هو من القطع أيضاً ولذلك قيل في مريم البتول لانقطاعها عن النكاح ونهى النبي ﷺ عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية، وكذلك الخلية والبرية يقتضيان الخلو من النكاح والبراءة منه وإذا كان للفظ معنًى فاعتبره الشرع إنما يعتبر فيما يقتضيه ويؤدي معناه ولا سبيل إلى البينونة بدون الثلاث فوقعت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه ولا يمكن إيقاع واحدة بائن لأنه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق فكذلك بكنايته ولم يفرقوا بين المدخول بها وغيرها لأن الصحابة لم يفرقوا، ولأن كل لفظة أوجبت الثلاث في المدخول بها أوجبتها في غيرها كقوله أنت طالق ثلاثاً.

فأما حديث ركانة فإن أحمد ضعف إسناده فلذلك تركه، وأما قوله عليه السلام لابنة الجون: «الحقي بأهلك» فيدل على أن هذه اللفظة لا تقتضي الثلاث وليست من اللفظات التي قال الصحابة فيها بالثلاث ولا هي مثلها فيقتصر الحكم عليها، وقولهم إن الكناية بالنية كالصريح قلنا نعم إلا أن الصريح ينقسم إلى ثلاث يحصل بها البينونة وإلى ما دونها مما لا تحصل به البينونة فكذلك الكناية تنقسم كذلك فمنها ما يقوم مقام الصريح المحصل للبينونة وهو هذه الظاهرة ومنها ما يقوم مقام الواحدة وهو ما عداها والله أعلم.

فصل: وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد والخرقي أن الطلاق يقع بهذه الكنايات من غير نية كقول مالك لأنه اشتهر استعمالها فيه فلم تحتج إلى نية كالصريح، ومفهوم كلام الخرقي أنه لا يقع إلا بنية لقوله وإذا أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه فمفهومه أن غير الصريح لا يقع إلا بنية ولأن هذا كناية فلم يثبت حكمه بغير نية كسائر الكنايات.

فصل: والكناية ثلاثة أقسام ظاهرة وهي ستة ألفاظ خلية وبرية وبائن وبتة وبتلة وأمرك بيدك، والحكم فيها ما بيناه في هذا الفصل، وإن قال أنت طالق بائن أو البتة فكذلك إلا أنه لا يحتاج إلى نية لأنه وصف بها الطلاق الصريح وإن قال أنت طالق لا رجعة لي عليك وهي مدخول بها فهي ثلاث، قال أحمد إذا قال لامرأته أنت طالق لا رجعة فيها ولا مثنوية هذه مثل الخلية والبرية ثلاثاً هكذا هو عندي وهذا قول أبي حنيفة، وإن قال ولا رجعة لي فيها بالواو فكذلك وقال أصحاب أبي حنيفة تكون رجعية لأنه لم يصف الطلقة بذلك وإنما عطف عليها.

ولنا: إن الصفة تصح مع العطف كما لو قال بعتك بعشرة وهي مغربية صح وكان صفة للثمن قال الله تعالى: ﴿إِلَّا اسْتَمَعُوهُ وَهُمْ يَلْعَبُونَ﴾ [الأنبياء: ٢] وإن قال أنت طالق واحدة بائناً أو واحدة بتة ففيها ثلاث روايات. إحداهن: أنها واحدة رجعية ويلغو ما بعدها قال أحمد لا أعرف شيئاً متقدماً إن نوى واحدة تكون بائناً وهذا مذهب الشافعي لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة كما لو قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك. والثانية: هي ثلاث قاله أبو بكر وقال هو قول أحمد لأنه أتى بما يقتضي الثلاث فوقع ولغا قوله واحدة كما لو قال أنت طالق.
والثالثة: رواها حنبل عن أحمد إذا طلق امرأته واحدة البتة فإن أمرها بيدها يزيدها في مهرها إن أراد رجعتها، فهذا يدل على أنه أوقع بها واحدة بائناً لأنه جعل أمرها بيدها ولو كانت رجعية لما كان أمرها بيدها ولا احتاجت إلى زيادة في مهرها ولو وقع ثلاث لما حلت له رجعتها، وقال أبو الخطاب هذه الرواية تخرج في جميع الكنايات الظاهرة فيكون ذلك مثل قول ابراهيم النخعي، ووجهه أنه أوقع الطلاق بصفة البينونة فوقع على ما أوقعه ولم يزد على واحدة لأن لفظه لم يقتض عدداً فلم يقع أكثر من واحدة كما لو قال أنت طالق وحمل القاضي رواية حنبل على أن ذلك بعد انقضاء العدة.

القسم الثاني: مختلف فيها وهي ضربان منصوص عليها وهي عشرة[1] الحقي بأهلك، وحبلك على غاربك، ولا سبيل لي عليك، وأنت علي حرج، وأنت علي حرام، واذهبي فتزوجي من شئت، وغطي شعرك، وأنت حرة، وقد أعتقتك فهذه عن أحمد فيها روايتان: **إحداهما**: أنها ثلاث، **والثانية**: ترجع إلى ما نواه وإن لم ينو شيئاً فواحدة كسائر الكنايات.

والضرب الثاني: مقيس على هذه وهي استبرئي رحمك وحللت للأزواج وتقنعي ولا سلطان لي عليك، فهذه في معنى المنصوص عليها فيكون حكمها حكمها والصحيح في قوله الحقي بأهلك أنها واحدة ولا تكون ثلاثاً إلا بنية لأن النبي ﷺ قال لابنة الجون: «الحقي بأهلك» متفق عليه ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثاً وقد نهى أمته عن ذلك، قال الأثرم قلت لأبي عبد الله إن النبي ﷺ قال لابنة الجون: «الحقي بأهلك» ولم يكن طلاقاً غير هذا ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثاً فيكون غير طلاق السنة فقال لا أدري، وكذلك قوله اعتدي واستبرئي رحمك لا يختص الثلاث فإن ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث، وقد روى أبو هريرة عن رسول ﷺ أنه قال لسودة ابنة زمعة اعتدي فجعلها تطليقة وروى هشيم أنبأنا الأعمش عن المنهال بن عمرو أن نعيم بن دجاجة الأسدي طلق امرأته تطليقتين ثم قال هي علي حرج وكتب في ذلك إلى عمر بن الخطاب فقال أما انها ليست بأهونهن.

وأما سائر اللفظات فإن قلنا هي ظاهرة فلأن معناها معنى الظاهرة فإن قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك إنما يكون في المبتوتة. أما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان وقوله: أنت حرة أو أعتقتك يقتضي ذهاب الرق عنها وخلوصها منه والرق ها هنا النكاح، وقوله أنت حرام يقتضي بينونتها منه لأن الرجعية غير محرمة وكذلك حللت للأزواج لأنك بنت مني وكذلك سائرها وإن قلنا هي واحدة فلأنها محتملة فإن قوله حللت للأزواج أي بعد انقضاء عدتك إذ لا يمكن حلها قبل ذلك والواحدة تحلها انكحي من شئت وسائر الألفاظ يتحقق معناها بعد قضاء عدتها.

القسم الثالث: الخفية نحو اخرجي واذهبي وذوقي وتجرعي وأنت مخلاة واختاري ووهبتك لأهلك وسائر ما يدل على الفرقة ويؤدي معنى الطلاق سوى ما تقدم ذكره فهذه ثلاث إن نوى ثلاثاً واثنتان إن نواهما وواحدة إن نواها أو أطلق قال أحمد ما ظهر من الطلاق فهو على ما ظهر وما عني به الطلاق فهو على ما عني مثل حبلك على غاربك إذا نوى واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً فهو على ما نوى ومثل لا سبيل لي عليك، وإذا نص في هاتين على أنه يرجع إلى نيته فكذلك سائر الكنايات وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقع اثنتان وإن نواهما وقع واحدة وقد تقدم ذكر ذلك، وإن قال أنت واحدة فهي كناية خفية لكنها لا تقع بها إلا واحدة وإن نوى ثلاثاً لأنها لا تحتمل غير الواحدة وإن قال أغناك الله فهي كناية خفية لأنه يحتمل أغناك الله بالطلاق لقول الله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: ١٣٠]

(١) كذا في الأصل ولكنه لم يذكر غير تسعة.

فصل: والطلاق الواقع بالكنايات رجعي ما لم يقع الثلاث في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة كلها بوائن إلا اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة لأنها تقتضي البينونة فتقع البينونة كقوله أنت طالق ثلاثاً.

ولنا: إنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فوجب أن يكون رجعياً كصريح الطلاق وما سلموه من الكنايات وقولهم: إنها تقتضي البينونة قلنا فينبغي أن تبين بثلاث لأن المدخول بها لا تبين إلا بثلاث أو عوض.

فصل: فأما ما لا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق كقوله اقعدي وقومي وكلي واشربي واقربي وأطعميني واسقيني وبارك الله عليك وغفر الله لك وما أحسنك وأشباه ذلك فليس بكناية ولا تطلق به وإن نوى لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق فلو وقع الطلاق به لوقع بمجرد النية وقد ذكرنا أنه لا يقع بها وبهذا قال أبو حنيفة، واختلف أصحاب الشافعي في قوله كلي واشربي فقال بعضهم كقولنا وقال بعضهم هو كناية لأنه يحتمل كلي ألم الطلاق واشربي كأس الفراق فوقع به كقولنا ذوقي وتجرعي.

ولنا: إن هذا اللفظ لا يستعمل بمفرده إلا فيما لا ضرر فيه كنحو قوله تعالى: ﴿كُلُوا وَاشْرَبُوا هَنِيئاً بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [الطور: ١٩] وقال: ﴿فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾ [النساء: ٤] فلم يكن كناية كقوله اطعميني، وفارق ذوقي وتجرعي فإنه يستعمل في المكاره كقول الله تعالى: ﴿ذُقْ إِنَّكَ أَنْتَ الْعَزِيزُ الْكَرِيمُ﴾ [الدخان: ٤٩] و﴿ذُوقُوا عَذَابَ الْحَرِيقِ﴾ [آل عمران: ١٨١] و ﴿ذُوقُوا مَسَّ سَقَرَ﴾ [القمر: ٤٨] وكذلك التجرع قال الله تعالى: ﴿يَتَجَرَّعُهُ وَلَا يَكَادُ يُسِيغُهُ﴾ [إبراهيم: ١٧] فلم يصح أن يلحق بهما ما ليس مثلهما.

فصل: فإن قال أنا منك طالق أو جعل أمر امرأته بيدها فقالت أنت طالق لم تطلق زوجته نص عليه في رواية الأثرم وهو قول ابن عباس والثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وروي ذلك عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وقال مالك والشافعي تطلق إذا نوى به الطلاق وروي نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعطاء والنخعي والقاسم وإسحاق لأن الطلاق إزالة النكاح وهو مشترك بينهما فإذا صح في أحدهما صح في الآخر ولا خلاف في أنه لا يقع به الطلاق من غير نية.

ولنا: إنه محل لا يقع الطلاق بإضافته إليه من غير نية فلم يقع وإن نوى كالأجنبي ولأنه لو قال: أنا طالق ولم يقل منك ولو كان محلاً للطلاق لوقع بذلك كالمرأة ولأن الرجل مالك في النكاح والمرأة مملوكة فلم يقع إزالة الملك بإضافة الإزالة إلى المالك كالعتق، ويدل هذا أن الرجل لا يوصف بأنه مطلق بخلاف المرأة، وجاء رجل إلى ابن عباس فقال: ملكت امرأتي أمرها فطلقتني ثلاثاً فقال ابن عباس رضي الله عنه خطأ الله نواها إن الطلاق لك وليس لها عليك، رواه أبو عبيد والأثرم واحتج به أحمد.

فصل: وإن قال أنا منك بائن أو بريء فقد توقف أحمد فيه، قال أبو عبد الله بن حامد يتخرج على وجهين: أحدهما: لا يقع لأن الرجل محل لا يقع الطلاق بإضافة صريحه إليه فلم يقع بإضافة كنايته إليه كالأجنبي. والثاني: يقع لأن لفظ البينونة والبراءة يوصف بهما كل واحد من الزوجين، يقال: بان منها وبانت منه وبريء منها وبرئت منه وكذلك لفظ الفرقة يضاف إليهما قال الله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: ١٣٠] وقال تعالى: ﴿يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ﴾ [البقرة: ١٠٢] ويقال فارقته المرأة وفارقها ولا يقال طلقته ولا سرحته ولا تطلقا ولا تسرحا.

وإن قال أنا بائن ولم يقل منك فذكر القاضي فيما إذا قال لها أمرك بيدك فقالت أنت بائن ولم تقل مني أنه لا يقع وجهاً واحداً. وإن قالت أنا بائن ونوت وقع وإن قالت أنت مني بائن فعلى الوجهين فيخرج ها هنا مثل ذلك.

مسألة: قال: (وإذا أتى بصريح الطلاق لزمه نواه أو لم ينوه)

قد ذكرنا أن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية بل يقع من غير قصد ولا خلاف في ذلك، ولأن ما يعتبر له القول يكتفى فيه به من غير نية إذا كان صريحاً فيه كالبيع وسواء قصد المزح أو الجد لقول النبي ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء روي هذا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه عن عطاء وعبيدة وبه قال الشافعي وأبو عبيد قال أبو عبيد وهو قول سفيان وأهل العراق، فأما لفظ الفراق والسراح فينبني على الخلاف فيه فمن جعله صريحاً أوقع به الطلاق من غير نية ومن لم يجعله صريحاً لم يوقع به الطلاق حتى ينويه ويكون بمنزلة الكنايات الخفية.

فصل: فإن قال الأعجمي لامرأته أنت طالق ولا يفهم معناه لم تطلق لأنه ليس بمختار للطلاق فلم يقع طلاقه كالمكره، فإن نوى موجبه عند أهل العربية لم يقع أيضاً لأنه لا يصح منه اختيار ما لا يعلمه ولذلك لو نطق بكلمة الكفر من لا يعلم معناها لم يكفر، ويحتمل أن تطلق إذا نوى موجبها لأنه لفظ بالطلاق ناوياً موجبه فأشبه العربي، وكذلك الحكم إذا قال العربي: بهشتم وهو لا يعلم معناها.

فصل: فإن قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق أو قال لحماته ابنتك طالق ولها بنت سوى امرأته، أو كان اسم زوجته زينب فقال زينت طالق طلقت زوجته لأنه لا يملك طلاق غيرها فإن قال أردت الأجنبية لم يصدق نص عليه أحمد في رجل تزوج امرأته فقال لحماته ابنتك طالق وقال أردت ابنتك الأخرى التي ليست بزوجتي فقال يحنث ولا يقبل منه وقال في رواية أبي داود في رجل له امرأتان اسماهما فاطمة فماتت إحداهما فقال فاطمة طالق ينوي الميتة فقال الميتة تطلق؟ قال أبو داود: كأنه لا يصدقه في الحكم.

وقال القاضي فيما إذا نظر إلى امرأته وأجنبية فقال إحداكما طالق وقال أردت الأجنبية فهل يقبل؟ على روايتين، وقال الشافعي يقبل ها هنا ولا يقبل فيما إذا قال زينب طالق وقال أردت أجنبية اسمها زينب لأن زينب لا يتناول الأجنبية بصريحه بل من جهة الدليل وقد عارضه دليل آخر وهو أنه لا يطلق غير زوجته فصار اللفظ في زوجته أظهر فلم يقبل خلافه، فأما إذا قال إحداهما فإنه يتناول الأجنبية بصريحه، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور يقبل في الجميع لأنه فسر كلامه بما يحتمله.

ولنا: إنه لا يحتمل غير امرأته على وجه صحيح فلم يقبل تفسيره بها كما لو فسر كلامه بما لا يحتمله وكما لو قال زينب طالق عند الشافعي وما ذكروه من الفرق لا يصح فإن إحداكما ليس بصريح في واحدة منهما إنما يتناول واحدة لا بعينها وزينب يتناول واحدة لا بعينها ثم تعينت الزوجة لكونها محل الطلاق وخطاب غيرها به عبث كما إذا قال إحداكما طالق ثم لو تناولها بصريحه لكنه صرفه عنها دليل فصار ظاهراً في غيرها، ولما قال النبي ﷺ للمتلاعنين: «أحدكما كاذب» لم ينصرف إلا إلى الكاذب منهما وحده ولما قال حسان يعني النبي ﷺ وأبا سفيان، فشركما لخيركما الفداء، لم ينصرف شرهما إلا إلى أبي سفيان وحده وخيرهما النبي ﷺ وحده وهذا في الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين فيه فمتى علم من نفسه أنه أراد الأجنبية لم تطلق زوجته لأن اللفظ محتمل له وإن كان غير مقيد ولو كانت ثم قرينة دالة على إرادته الأجنبية مثل أن يدفع بيمينه ظلماً أو يتخلص بها من مكروه قبل قوله في الحكم لوجود الدليل الصارف إليها وإن لم ينو زوجته ولا الأجنبية طلقت زوجته لأنها محل الطلاق واللفظ يحتملها ويصلح لها ولم يصرفه عنها فوقع به كما لو نواها.

فصل: فإن كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال يا حفصة فأجابته عمرة فقال أنت طالق فإن لم تكن له نية أو نوى المجيبة وحدها طلقت وحدها لأنها المطلقة دون غيرها، وإن قال ما خاطبت بقولي أنت طالق إلا حفصة وكانت حاضرة طلقت وحدها، وإن قال علمت أن المجيبة عمرة فخاطبتها بالطلاق وأردت طلاق حفصة طلقتا معاً في قولهم جميعاً، وإن قال ظننت المجيبة حفصة فطلقتها طلقت حفصة رواية واحدة وفي عمرة روايتان:

إحداهما: تطلق أيضاً وهو قول النخعي وقتادة والأوزاعي وأصحاب الرأي واختاره ابن حامد لأنه خاطبها بالطلاق وهي محل له فطلقت كما لو قصدها.

والثانية: لا تطلق وهو قول الحسن والزهري وأبي عبيد، قال أحمد في رواية مهنا في رجل له امرأتان فقال فلانة أنت طالق فالتفتت فإذا هي غير التي حلف عليها قال: قال ابراهيم يطلقان والحسن يقول تطلق التي نوى قيل له ما تقول أنت؟ قال تطلق التي نوى ووجهه أنه لم يقصدها بالطلاق فلم تطلق كما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه فقال أنت طالق وقال أبو بكر لا يختلف كلام أحمد أنها لا تطلق، وقال الشافعي: تطلق المجيبة وحدها لأنها مخاطبة بالطلاق فطلقت كما لو لم ينو غيرها ولا تطلق المنوية لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولم تعترف بطلاقها

وهذا يبطل بما لو علم أن المجيبة عمرة فإن المنوية تطلق بـإرادتها الـطلاق ولـولا ذلـك لم تطلق بالاعتراف به لأن الاعتراف بما لا يوجب لا يوجب ولأن الغائبـة مقصودة بلفظ الـطلاق فطلقت كما لو علم الحال.

فصل: وإن أشار إلى عمرة فقال يا حفصة أنت طالق وأراد طلاق عمرة فسبق لسانه إلى نداء حفصة طلقت عمرة وحدها لأنه لم يرد بلفظه إلا طلاقها وإنما سبق لسانـه إلى غير مـا أراده فأشبه ما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه إلى أنت طالق، وإن أتى بـاللفظ مع علمـه أن المشار إليها عمرة طلقتا معاً عمرة بالإشارة إليها وإضافة الطلاق إليها وحفصة بنيته وبلفظه بها، وإن ظن أن المشار إليها حفصة طلقت حفصة وفي عمرة روايتان كالتي قبلها.

فصـل: وإن لقي أجنبية ظنهـا زوجته فقـال: فلانـة أنت طالق فـإذا هي أجنبية طلقت زوجته نص عليه أحمد، وقال الشافعي لا تطلق لأنه خاطب بالطلاق غيرها فلم يقع كما لو علم أنها أجنبية فقال أنت طالق.

ولنا: إنه قصد زوجته بلفظ الطلاق فطلقت كما لو قـال علمت أنها أجنبية وأردت طـلاق زوجتي وإن قال لها أنت طالق ولم يذكر اسم زوجته احتمل وذلك أيضاً لأنه قصـد امرأتـه بلفظ الطلاق، واحتمل أن لا تطلق لأنه لم يخاطبها بـالطلاق ولا ذكـر اسمها معـه وإن علمها أجنبيـة وأراد بالطلاق زوجته طلقت، وإن لم يردها بالطلاق لم تطلق.

فصل: وإن لقي امرأتـه فظنهـا أجنبية فقـال أنت طالق أو تنحي يـا مطلقـة أو لقي أمته فظنها أجنبية فقال أنت حرة أو تنحي يا حرة فقال أبو بكر فيمن لقي امرأته فقال تنحي يا مطلقة أو يا حرة وهو لا يعرفها فإذا هي زوجته أو أمته لا يقع بها طلاق ولا حرية لأنه لم يـرد بها ذلـك فلم يقع بها شيء كسبق اللسان إلى ما لم يرده، ويحتمل أن لا تعتق الأمـة لأن العادة من النـاس مخاطبة من لا يعرفها بقوله يا حرة وتطلق الزوجة لعدم العادة بالمخاطبة بقوله يا مطلقة.

فصل: فأما غير الصريح فلا يقع الطلاق به إلا بنية أو دلالة حال، وقال مالك الكنايات الظاهرة كقوله أنت بائن وبتة وبتلة وحـرام يقع بهـا الطلاق من غـير نية قـال القاضي في الشرح وهذا ظاهر كلام أحمد والخرقي لأنها مستعملة في الطلاق في العرف فصارت كالصريح.

ولنا: إن هذه كناية لم تعرف بإرادة الطلاق بها ولا اختصت به فلم يقع الطلاق بها بمجرد اللفظ كسائر الكنـايات وإذا ثبت اعتبـار النية فـإنها تعتبر مقـارنة للفظ فـإن وجدت في ابتـدائه وعـريت عنه في سـائره وقـع الطلاق وقـال بعض أصحاب الشـافعي لا يقع فلو قـال أنت بائن ينوي الطلاق وعريت نيته حين قال أنت بائن لا يقع لأن القدر الذي صـاحبته النيـة لا يقع بـه شيء.

ولنا: إن ما تعتبر له النية يكتفى فيه بوجودها في أوله كالصلاة وسـائر العبـادات فأما إن تلفظ بالكناية غير ناو ثم نوى بها بعد ذلك لم يقع بها الطلاق وكما لو نوى الطهارة بالغسل بعد فراغه منه.

مسألة: قال: (ولو قيل له ألك امرأة؟ فقال لا وأراد به الكذب لم يلزمه شيء ولو قال قد طلقتها وأراد به الكذب لزمه الطلاق).

إنما لم يلزمه إذا أراد الكذب لأن قوله ما لي امرأة كناية تفتقر إلى نية الطلاق وإذا نوى الكذب فما نوى الطلاق فلم يقع وهكذا لو نوى أنه ليس لي امرأة تخدمني أو ترضيني أو أني كمن لا امرأة له أو لم ينو شيئاً لم تطلق لعدم النية المشترطة في الكناية، وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت لأنها كناية صحبتها النية وبهذا قال الزهري ومالك وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي وقال أبو يوسف ومحمد لا تطلق فإن هذا ليس بكناية وإنما هو خبر هو كاذب فيه وليس بإيقاع.

ولنا: إنه محتمل للطلاق لأنه إذا طلقها فليست له بامرأة فأشبه قوله أنت بائن وغيرها من الكنايات الظاهرة وهذا يبطل قولهم. فأما إن قال طلقتها وأراد الكذب طلقت لأن لفظ الطلاق صريح يقع به الطلاق من غير نية، وإن قال خليتها أو ابنتها افتقر إلى النية لأنه كناية لا يقع به الطلاق من غير نية.

فصل: فإن قيل له أطلقت امرأتك؟ فقال نعم أو قيل له امرأتك طالق؟ فقال نعم طلقت امرأته، وإن لم ينو وهذا الصحيح من مذهب الشافعي واختيار المزني لأن نعم صريح في الجواب والجواب الصريح للفظ الصريح صريح ألا ترى أنه لو قيل له ألفلان عليك ألف؟ فقال نعم وجب عليه وإن قيل طلقت امرأتك؟ فقال قد كان بعد ذلك وقال أردت الإيقاع وقع، وإن قال أردت أني علقت طلاقها بشرط قبل لأنه محتمل لما قاله وإن قال أردت الإخبار عن شيء ماض أو قيل له ألك امرأة؟ فقال قد طلقتها ثم قال إنما أردت أني طلقتها في نكاح آخر دين فيما بينه وبين الله تعالى. فأما في الحكم فإن لم يكن ذلك وجد منه لم يقبل لأنه لا يحتمل ما قاله وإن كان وجد فعلى وجهين.

فصل: فإن قال حلفت بالطلاق أو قال على يمين بالطلاق ولم يكن حلف لم يلزمه شيء فيما بينه وبين الله تعالى ولزمه ما أقر به في الحكم، ذكره القاضي وأبو الخطاب. وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم في الرجل يقول: حلفت بالطلاق ولم يكن حلف هي كذبة ليس عليه يمين، وذلك لأن قوله له حلفت ليس بحلف، وإنما هو خبر عن الحلف، فإذا كان كاذباً فيه لم يصر حالفاً كما لو قال: حلفت بالله وكان كاذبا. واختار أبو بكر أنه يلزمه ما أقر به. وحكي في زاد المسافر عن الميموني عن أحمد أنه قال: إذا قال حلفت بالطلاق، ولم يكن حلف يلزمه الطلاق ويرجع إلى نيته في الطلاق الثلاث أو الواحد. وقال القاضي: معنى قول أحمد يلزمه الطلاق، أي في الحكم، ويحتمل أنه أراد يلزمه الطلاق إذا نوى به الطلاق فجعله كناية عنه، ولذلك قال: يرجع إلى نيته. أما الذي قصد الكذب فلا نية له في الطلاق فلا يقع به شيء، لأنه ليس بصريح في الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يقع به طلاق كسائر الكنايات وذكر القاضي في كتاب الأيمان فيمن قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف، فهل يقع الطلاق؟ على روايتين.

مسألة: قال: (وإذا وهب زوجته لأهلها فإن قبلوها فواحدة يملك الرجعة إن كانت مدخولاً بها وإن لم يقبلوها فلا شيء)

هذا المنصوص عن أحمد في هذه المسألة، وبه قال ابن مسعود وعطاء ومسروق والزهري ومكحول ومالك وإسحاق. وروي عن علي رضي الله عنه والنخعي إن قبلوها فواحدة بائنة، وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية. وعن زيد بن ثابت والحسن إن قبلوها فثلاث وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية وروي عن أحمد مثل ذلك. وقال ربيعة ويحيى بن سعيد وأبو الزناد ومالك: هي ثلاث على كل حال قبلوها أو ردوها. وقال أبو حنيفة فيها كقوله في الكناية الظاهرة قبلوها أو ردوها وكذلك قال الشافعي واختلفا ها هنا بناء على اختلافهما.

ولنا: على أنها لا تطلق إذا لم يقبلوها أنه تمليك للبضع فافتقر إلى القبول كقوله اختاري وأمرك بيدك وكالنكاح وعلى أنها لا تكون ثلاثاً أنه لفظ محتمل فلا يحمل على الثلاث عند الإطلاق كقوله اختاري وعلى أنها رجعية أنها طلقة لمن عليها عدة بغير عوض قبل استيفاء العدد فكانت رجعية كقوله أنت طالق وقوله إنها واحدة محمول على ما إذا أطلق النية أو نوى واحدة فأما إن نوى ثلاثاً أو اثنتين فهو على ما نوى، لأنها كناية غير ظاهرة فيرجع إلى نيته في عددها كسائر الكنايات، ولا بد من أن ينوي بذلك الطلاق أو تكون ثم دلالة حال لأنها كناية والكنايات لا بد فيها من النية كذلك، قال القاضي: وينبغي أن تعتبر النية من الذي يقبل أيضاً كما تعتبر في اختيار الزوجة إذا قال لها اختاري أو أمرك بيدك. إذا ثبت هذا فإن صيغة القبول أن يقول أهلها قبلناها. نص عليه أحمد والحكم في هبتها لنفسها أو لأجنبي كالحكم في هبتها لأهلها.

فصل: فإن باع امرأته لغيره لم يقع به طلاق وإن نوى، وبهذا قال الثوري وإسحاق، وقال مالك: تطلق واحدة وهي أملك بنفسها لأنه أتى بما يقتضي خروجها عن ملكه فأشبه ما لو وهبها.

ولنا: إن البيع لا يتضمن معنى الطلاق لأنه نقل ملك بعوض والطلاق مجرد إسقاط لا يقتضي العوض فلم يقع به طلاق كقوله أطعميني واسقيني.

مسألة: قال: (وإذا قال لها أمرك بيدك فهو بيدها وإن تطاول ما لم يفسخ أو يطأها)

وجملة ذلك أن الزوج مخير بين أن يطلق بنفسه وبين أن يوكل فيه وبين أن يفوضه إلى المرأة ويجعله إلى اختيارها بدليل أن النبي ﷺ خير نساءه فاخترنه، ومتى جعل أمر امرأته بيدها فهو بيدها أبداً لا يتقيد ذلك بالمجلس روي ذلك عن علي رضي الله عنه، وبه قال الحكم وأبو ثور وابن المنذر. وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي هو مقصور على المجلس ولا طلاق لها بعد مفارقته لأنه تخيير لها فكان مقصوراً على المجلس كقوله اختاري.

ولنا: قول علي رضي الله عنه في رجل أمر امرأته بيدها قال: هو لها حتى تنكل ولا نعرف له في الصحابة مخالفاً فيكون إجماعاً. ولأنه نوع توكيل في الطلاق فكان على التراخي كما لو جعله لأجنبي وفارق قوله اختاري فإنه تخيير، فإن رجع الزوج فيما جعل إليها أو قال فسخت ما جعلت إليك بطل وبذلك قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والأوزاعي وإسحاق. وقال الزهري والثوري ومالك وأصحاب الرأي ليس له الرجوع لأنه ملكها ذلك فلم يملك الرجوع كما لو طلقت.

ولنا: إنه توكيل فكان له الرجوع فيه كالتوكيل في البيع وكما لو خاطب بذلك أجنبياً، وقولهم تمليك لا يصح، فإن الطلاق لا يصح تمليكه ولا ينتقل عن الزوج وإنما ينوب فيه غيره عنه، فإذا استناب غيره فيه كان توكيلاً لا غير، ثم وإن سلم أنه تمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به كالبيع، وإن وطئها الزوج كان رجوعا لأنه نوع توكيل والتصرف فيما وكل فيه يبطل الوكالة وإن ردت المرأة ما جعل إليها بطل كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل.

فصل: ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول ما لم ينو به إيقاع طلاقها في الحال أو تطلق نفسها، ومتى ردت الأمر الذي جعل إليها بطل ولم يقع شيء في قول أكثر أهل العلم منهم ابن عمر وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومسروق وعطاء ومجاهد والزهري والثوري والأوزاعي والشافعي، وقال قتادة إن ردت فواحدة رجعية.

ولنا: إنه توكيل رده الوكيل أو تمليك لم يقبله المملك فلم يقع به شيء كسائر التوكيل والتمليك فأما إن نوى بهذا تطليقها في الحال طلقت في الحال ولم يحتج إلى قبولها كما لو قال حبلك على غاربك.

مسألة: قال: (فإن قالت اخترت نفسي فواحدة تملك الرجعة)

وجملة الأمر أن المملكة والمخيرة إذا قالت اخترت نفسي فهي واحدة رجعية وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وبه قال عمر بن عبد العزيز والثوري وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وروي عن علي أنها واحدة بائنة، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه لأن تمليكه إياها أمرها يقتضي زوال سلطانه عنها، وإذا قبلت ذلك بالاختيار وجب أن يزول عنها ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة وعن زيد بن ثابت أنها ثلاث وبه قال الحسن ومالك والليث إلا أن مالكاً قال إذا لم تكن مدخولاً بها قبل منه إذا أراد واحدة أو اثنتين، وحجتهم أن ذلك يقتضي زوال سلطانه عنها ولا يكون ذلك إلا بثلاث، وفي قول مالك إن غير المدخول بها يزول سلطانه عنها بواحدة فاكتفى بها.

ولنا: إنها لم تطلق بلفظ الثلاث ولا نوت ذلك فلم تطلق ثلاثاً كما لو أتى الزوج بالكناية الخفية.

فصل: وهذا إذا لم تنو أكثر من واحدة فإن نوت أكثر من واحدة وقع ما نوت لأنها تملك الثلاث بالتصريح فتملكها بالكناية كالزوج، وهكذا إن أتت بشيء من الكنايات فحكمها فيها

حكم الزوج إن كانت مما يقع بها الثلاث من الزوج وقع بها الثلاث إذا أتت بها، وإن كانت من الكنايات الخفية نحو قولها لا يدخل علي ونحوها وقع ما نوت.

قال أحمد: إذا قال لها أمرك بيدك فقالت لا يدخل علي إلا بإذن تنوي في ذلك إن قالت: واحدة فواحدة وإن قالت: أردت أن أغيظه قبل منها يعني لا يقع شيء وكذلك لو جعل أمرها في يد أجنبي فأتى بهذه الكنايات لا يقع شيء حتى ينوي الوكيل الطلاق ثم إن طلق بلفظ صريح أو بكناية ظاهرة طلقت ثلاثاً وإن كان بكناية خفية وقع ما نواه.

فصل: وقوله أمرك بيدك وقوله اختاري نفسك كناية في حق الزوج يفتقر إلى نية أو دلالة حال كما في سائر الكنايات فإن عدم لم يقع به طلاق لأنه ليس بصريح، وإنما هو كناية فيفتقر إلى ما يفتقر إليه سائر الكنايات وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك: لا يفتقر إلى نية لأنه من الكنايات الظاهرة وقد سبق الكلام معه فيها وهو أيضاً كناية في حق المرأة إن قبلته بلفظ الكناية وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يفتقر وقوع الطلاق إلى نيتها إذا نوى الزوج. لأن الزوج علق الطلاق بفعل من جهتها فلم يفتقر إلى نيتها كما لو قال إن تكلمت فأنت طالق فتكلمت وقال لا يقع إلا واحدة بائن وإن نوت ثلاثاً لأن ذلك تخيير والتخيير لا يدخله عدد كخيار المعتقة.

ولنا: إنها موقعة للطلاق بلفظ الكناية فافتقر إلى نيتها كالزوج وعلى أنه يقع الثلاث إذا نوت أن اللفظ يحتمل الثلاث لأنها تختار نفسها بالواحدة وبالثلاث فإذا نوياه وقع كقوله أنت بائن.

مسألة: قال: (وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقال لم أجعل إليها إلا واحدة لم يلتفت إلى قوله والقضاء ما قضت)

وممن قال القضاء ما قضت عثمان وابن عمر وابن عباس وروي ذلك عن علي وفضالة بن عبيد وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري وعن عمر وابن مسعود أنها تطليقة واحدة وبه قال عطاء ومجاهد والقاسم وربيعة ومالك والأوزاعي والشافعي، وقال الشافعي: إن نوى ثلاثاً فلها أن تطلق ثلاثاً وإن نوى غير ذلك لم تطلق ثلاثة والقول قوله في نيته.

قال القاضي: ونقل عبد الله عن أحمد ما يدل على أنه إذا نوى واحدة فهي واحدة لأنه نوع تخيير فيرجع إلى نيته فيه كقوله اختاري.

ولنا: إنه لفظ يقتضي العموم في جميع أمرها لأنه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث كما قال طلقي نفسك ما شئت ولا يقبل قوله أردت واحدة لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ ولا يدين في هذا لأنه في الكنايات الظاهرة والكنايات الظاهرة تقتضي ثلاثاً.

مسألة: قال: (وكذلك الحكم إذا جعله في يد غيرها)

وجملة ذلك: أنه إذا جعل أمر امرأته بيد غيرها صح وحكمه حكم ما لو جعله بيدها في أنه بيده في المجلس وبعده ووافق الشافعي على هذا في حق غيرها لأنه توكيل وسواء قال له أمر امرأتي بيدك أو قال جعلت لك الخيار في طلاق امرأتي أو قال طلق امرأتي، وقال أصحاب أبي حنيفة ذلك مقصور على المجلس لأنه نوع تخيير أشبه ما لو قال اختاري.

ولنا: إنه توكيل مطلق فكان على التراخي كالتوكيل في البيع، وإذا ثبت هذا فإن له أن يطلقها ما لم يفسخ أو يطأها وله أن يطلق واحدة وثلاثاً كالمرأة، وليس له أن يجعل الأمر إلا بيد من يجوز توكيله وهو العاقل فأما الطفل والمجنون فلا يصح أن يجعل الأمر بأيديهم فإن فعل فطلق واحد منهم لم يقع طلاقه، وقال أصحاب الرأي يصح.

ولنا: إنهما ليسا من أهل التصرف فلم يصح تصرفهم كما لو وكلهم في العتق، وإن جعله في يد كافر أو عبد صح لأنه ممن يصح طلاقه لنفسه فصح توكيلهما فيه، وإن جعله في يد امرأة صح لأنه يصح توكيلها في العتق فصح في الطلاق كالرجل، وإن جعله في يد صبي يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته وقد مضى ذلك. وقد نص أحمد ها هنا على اعتبار وكالته بطلاقه فقال: إذا قال الصبي طلق امرأتي ثلاثاً فطلقها ثلاثاً لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق، أرأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها أكان يجوز طلاقه؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه، وهكذا لو جعل أمر الصغيرة والمجنونة بيدها لم تملك ذلك، نص عليه أحمد في امرأة صغيرة قال لها أمرك بيدك فقالت اخترت نفسي ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل وهذا لأنه تصرف بحكم التوكيل وليست من أهل التصرف وظاهر كلام أحمد أنها إذا عقلت الطلاق وقع طلاقها وإن لم تبلغ كما قررناه في الصبي إذا طلق وفي الصبي رواية أخرى لا يقع طلاقه حتى يبلغ فكذلك يخرج في هذه لأنها مثله في المعنى والله أعلم.

فصل: فإن جعله في يد اثنين أو وكل اثنين في طلاق زوجته صح وليس لأحدهما أن يطلق على الانفراد إلا أن يجعل إليه ذلك لأنه إنما رضي بتصرفهما جميعاً، وبهذا قال الحسن ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر، وإن طلق أحدهما واحدة والآخر ثلاثاً وقعت واحدة، وبهذا قال إسحاق، وقال الثوري لا يقع شيء.

ولنا: إنهما طلقا جميعاً واحدة مأذوناً فيها فصح كما لو جعل إليهما واحدة.

فصل: ويصح تعليق أمرك بيدك واختاري نفسك بالشروط، وكذلك إن جعل ذلك إلى أجنبي صح مطلقاً ومقيداً ومعلقاً نحو أن يقول اختاري نفسك وأمرك بيدك شهراً أو إذا قدم فلان فأمرك بيدك أو اختاري نفسك يوماً أو يقول ذلك لأجنبي، قال أحمد: إذا قال إذا كان سنة أو أجل مسمى فأمرك بيدك فإذا دخل ذلك فأمرها بيدها وليس لها قبل ذلك أمر، وقال أيضاً إذا تزوج امرأة وقال لأبيها إن جاءك خبري إلى ثلاث سنين وإلا فأمر ابنتك إليك، فلما مضت السنون لم يأت خبره فطلقها الأب فإن كان الزوج لم يرجع فيما جعل إلى الأب فطلاقه جائز ورجوعه أن يشهد أنه قد رجع فيما جعل إليه ووجه هذا أنه فوض أمر الطلاق إلى من يملكه

فصح تعليقه على شرط كالتوكيل الصريح فإذا صح هذا فإن الطلاق إلى من فوض إليه على حسب ما جعله إليه في الوقت الذي عينه له لا قبله ولا بعده وللزوج الرجوع في هذا لأنه عقد غير جائز، قال أحمد ولا تقبل دعواه للرجوع إلا ببينة لأنه مما يمكن إقامة البينة عليه، فإن طلق الوكيل والزوج غائب كره للمرأة التزوج لأنه يحتمل أن الزوج رجع في الوكالة وقد نص أحمد على منعها من التزوج لهذه العلة، وحمله القاضي على الاستحباب والاحتياط فإن غاب الوكيل كره للزوج الوطء مخافة أن يكون الوكيل طلق ومنع منه أحمد أيضاً لهذه العلة، وحمله القاضي أيضاً على الاستحباب لأن الأصل بقاء النكاح فحمل الأمر فيه على اليقين، وقول أحمد رجوعه أن يشهد على أنه قد رجع فيما جعل إليه معناه أنه لا يقبل قوله إنه قد رجع إليه إلا ببينة ولو صدقته المرأة في أنه قد رجع قبل وإن لم تكن له بينة.

مسألة: قال: (ولو خيرها فاختارت فرقته من وقتها وإلا فلا خيار لها)

أكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور إن اختارت في وقتها وإلا فلا خيار لها بعده. روي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم، وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الزهري وقتادة وأبو عبيد وابن المنذر ومالك في إحدى الروايتين هو على التراخي ولها الاختيار في المجلس وبعده ما لم يفسخ أو يطأ، واحتج ابن المنذر بقول رسول الله ﷺ لعائشة لما خيرها: «إني ذاكر لك أمراً فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك» وهذا يمنع قصره على المجلس، ولأنه جعل أمرها إليها فأشبه أمرك بيدك.

ولنا: إنه قول من سمينا من الصحابة. روى النجاد بإسناده عن سعيد بن المسيب أنه قال: قضى عمر وعثمان في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما لم يتفرقا. وعن عبد الله بن عمر قال ما دامت في مجلسها، ونحوه عن ابن مسعود وجابر ولم نعرف لهم مخالفاً في الصحابة فكان إجماعاً، ولأنه خيار تمليك فكان على الفور كخيار القبول، فأما الخبر فإن النبي ﷺ جعل لها الخيار على التراخي وخلافنا في المطلق، وأما أمرك بيدك فهو توكيل والتوكيل يعم الزمان ما لم يقيده بقيد بخلاف مسألتنا.

فصل: وقوله في وقتها أي عقيب كلامه ما لم يخرجا من الكلام الذي كانا فيه إلى غير ذكر الطلاق فإن تفرقا عن ذلك الكلام إلى كلام غيره بطل خيارها، قال أحمد إذا قال لامرأته اختاري فلها الخيار ما داموا في ذلك الكلام فإن طال المجلس وأخذوا في كلام غير ذلك ولم تختر فلا خيار لها وهذا مذهب أبي حنيفة ونحوه مذهب الشافعي على اختلاف عنه فقيل عنه إنه يتقيد بالمجلس وقيل هو على الفور، وقال أحمد أيضاً الخيار على مخاطبة الكلام أن تجاوبه ويجاوبها إنما هو جواب كلام إن أجابته من ساعته وإلا فلا شيء، ووجهه أنه تمليك مطلق تأخر قبوله عن أول حال الإمكان فلم يصح كما لو قامت من مجلسها فإن قام أحدهما عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها، وقال أبو حنيفة: يبطل بقيامها دون قيامه بناء على أصله في أن الزوج لا يملك،

الرجوع، وعندنا أنه يملك الرجوع فبطل بقيامه كما يبطل بقيامها، وإن كان أحدهما قائماً أو مشى بطل الخيار وإن قعد لم يبطل، والفرق بين القيام والقعود أن القيام يبطل الفكر والارتياء في الخيار فيكون إعراضاً والقعود بخلافه ولو كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت لم يبطل لأن ذلك لا يبطل الفكرة، وإن تشاغل أحدهما بالصلاة بطل الخيار وإن كانت في صلاة فأتمتها لم يبطل خيارها وإن أضافت إليها ركعتين أخريين بطل خيارها وإن أكلت شيئاً يسيراً أو قالت بسم الله أو سبحت شيئاً يسيراً لم يبطل لأن ذلك ليس بإعراض، وإن قالت ادع لي شهوداً أشهدهم على ذلك لم يبطل خيارها، وإن كانت راكبة فسارت بطل خيارها وهذا كله قول أصحاب الرأي.

فصل: فإن جعل لها الخيار متى شاءت أو في مدة فلها ذلك في تلك المدة وإذا قال اختاري إذا شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فلها ذلك لأن هذه تفيد جعل الخيار لها في عموم الأوقات وإن قال اختاري اليوم وغداً وبعد غد فلها ذلك فإن ردت الخيار في الأول بطل كله وكذلك إن قال لا تعجلي حتى تستأمري أبويك ونحوه فلها الخيار على التراخي فإن النبي ﷺ قال ذلك لعائشة فدل على أن خيارها لا يبطل بالتأخير، وإن قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غداً فردته في اليوم الأول لم يبطل في الثاني، وقال أبو حنيفة لا يبطل في المسألة الأولى أيضاً لأنهما خياران في زمنين فلم يبطل أحدهما برد الآخر قياساً على المسألة الثانية.

ولنا: إنه خيار واحد في مدة واحدة فإذا بطل أوله بطل ما بعده كما لو كان الخيار في يوم واحد كخيار الشرط وخيار المعتقة ولا نسلم أنهما خياران وإنما هو خيار واحد في يومين، وفارق ما إذا قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غداً فإنهما خياران لأن كل واحد ثبت بسبب مفرد ولو خيرها شهراً فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها عليه خيار وعند أبي حنيفة لها الخيار.

ولنا: إنها استوفت ما جعل لها في هذا العقد فلم يكن لها في عقد ثان كما لو اشترط الخيار في سلعة مدة ثم فسخ ثم اشتراها بعقد آخر في تلك المدة ولو لم تختر نفسها أو اختارت زوجها وطلقها الزوج ثم تزوجها بطل خيارها لأن الخيار المشروط في عقد لا يثبت في عقد سواه كما في البيع والحكم في قوله أمرك بيدك في هذا كله كالحكم في التخيير لأنه نوع تخيير ولو قال لها اختاري أو أمرك بيدك اليوم وبعد الغد فردت في اليوم الأول لم يبطل بعد في غد لأنهما خياران ينفصل أحدهما من صاحبه فلم يبطل أحدهما ببطلان الآخر بخلاف ما إذا كان الزمان متصلاً واللفظ واحد فإنه خيار واحد فبطل كله ببطلان بعضه وإن قال لك الخيار يوماً أو أمرك بيدك يوماً فابتداؤه من حين نطق به إلى مثله من الغد لأنه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك وإن قال شهراً فمن ساعة نطق إلى استكمال ثلاثين يوماً إلى مثل تلك الساعة وإن قال الشهر أو اليوم أو السنة فهو على ما بقي من اليوم والشهر والسنة.

مسألة: قال: (وليس لها أن تختار أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك)

وجملة الأمر: أن لفظة التخيير لا تقتضي بمطلقها أكثر من تطليقة رجعية قال أحمد: هذا قول ابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمر وعائشة رضي الله عنهم وروي ذلك عن جابر وعبد الله بن عمرو وقال أبو حنيفة هي واحدة بائن وهو قول ابن شبرمة لأن اختيارها نفسها يقتضي زوال سلطانه عنها ولا يكون إلا بالبينونة وقال مالك هي ثلاث في المدخل بها لأن المدخول بها لا تبين بأقل من ثلاث إلا أن تكون بعوض.

ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن من سمينا منهم قالوا إن اختارت نفسها فهي واحدة وهو أحق بها رواه النجاد عنهم بأسانيده ولأن قوله اختاري تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم وذلك طلقة واحدة ولا يجوز أن تكون بائناً لأنها طلقة بغير عوض لم يكمل بها العدد بعد الدخول فأشبه ما لو طلقها واحدة ويخالف قوله أمرك بيدك فإنه للعموم فإنه اسم جنس فيتناول جميع أمرها لكن إن جعل إليها أكثر من ذلك فلها ما جعل إليها سواء جعله بلفظه مثل أن يقول اختاري ما شئت أو اختاري الطلقات الثلاث إن شئت فلها أن تختار ذلك فإن قال اختاري من الثلاث ما شئت فلها أن تختار واحدة أو اثنتين وليس لها اختيار الثلاث بكمالها لأن من للتبعيض فقد جعل لها اختيار بعض الثلاث فلا يكون لها اختيار الجميع أو جعله نيته وهو أن ينوي بقوله اختاري عدداً فإنه يرجع إلى ما نواه لأن قوله اختاري كناية خفية فيرجع في قدر ما يقع بها إلى نيته كسائر الكنايات الخفية فإن نوى ثلاثاً أو اثنتين أو واحدة فهو على ما نوى وإن أطلق النية فهي واحدة وإن نوى ثلاثاً فطلقت أقل منها وقع ما طلقته لأنه يعتبر قولهما جميعاً فيقع ما اجتمعا عليه كالوكيلين إذا طلق واحد منهما واحدة والآخر ثلاثاً.

فصل: وإن خيرها فاختارت زوجها أو ردت الخيار أو الأمر لم يقع شيء نص عليه أحمد في رواية الجماعة وروي ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وابن المنذر وعن الحسن تكون واحدة رجعية وروي ذلك عن علي ورواه إسحاق بن منصور عن أحمد قال فإن اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة وإن اختارت نفسها فثلاث قال أبو بكر انفرد بهذا إسحاق بن منصور والعمل على ما رواه الجماعة، ووجه هذه الرواية أن التخيير كناية نوى بها الطلاق فوقع بها بمجردها كسائر كناياته وكقوله أنكحي من شئت.

ولنا: قول عائشة قد خيرنا رسول الله ﷺ فكان طلاقاً وقالت لما أمر النبي ﷺ بتخيير أزواجه بدأ بي فقال: «إني لمخبرك خبراً فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك». ثم قال: «إن الله تعالى قال: ﴿يَا أَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا﴾ [الأحزاب: ٢٨] حتى بلغ ﴿فَإِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْراً عَظِيماً﴾ [الأحزاب: ٢٩] فقالت: في أي هذا استأمر أبوي؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة قالت ثم فعل أزواج النبي ﷺ مثل ما فعلت» متفق عليهما. قال مسروق ما أبالي خيرت امرأتي واحدة أو مائة أو ألفاً بعد أن تختارني ولأنها مخيرة اختارت النكاح فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد، فأما إن

قالت اخترت نفسي فيفتقر إلى نيتها لأنه لفظ كناية منها فإن نوى أحدهما دون الآخر لم يقع لأن الزوج إذا لم ينو فما فوض إليها الطلاق فلا يصح أن يوقعه وإن نوى ولم تنو هي فقد فوض إليها الطلاق فما أوقعته فلم يقع شيء كما لو وكل وكيلاً في الطلاق فلم يطلق وإن نويا جميعاً وقع ما نوياه من العدد إن اتفقا فيه، وإن نوى أحدهما أقل من الآخر وقع الأقل لأن ما زاد انفرد به أحدهما فلم يقع.

فصل: وإن قال أمرك بيدك أو اختاري فقالت قبلت لم يقع شيء لأن أمرك بيدك توكيل فقولها في جوابه: قبلت. ينصرف إلى قبول الوكالة فلم يقع شيء كما لو قال لأجنبي أمر امرأتي بيدك فقال قبلت وقوله اختاري في معناه، وكذلك إن قالت أخذت أمري نص عليهما أحمد في رواية ابراهيم بن هانيء إذا قال لامرأته أمرك بيدك فقالت قبلت ليس بشيء حتى تبين، وقال إذا قالت أخذت أمري ليس بشيء قال وإذا قال لامرأته اختاري فقالت قبلت نفسي أو قالت اخترت نفسي كان أبين قال القاضي ولو قالت اخترت ولم تقل نفسي لم تطلق وإن نوت ولو قال الزوج اختاري ولم يقل نفسك ولم ينوه لم تطلق ما لم تذكر نفسها ما لم يكن في كلام الزوج أو جوابها ما يصرف الكلام إليه لأن ذلك في حكم التفسير فإذا عري عن ذلك لم يصح، وإن قالت اخترت زوجي أو اخترت البقاء على النكاح أو رددت الخيار أو رددت عليك سفهتك بطل الخيار، وإن قالت اخترت أهلي أو أبوي ونوت وقع الطلاق لأن هذا يصلح كناية من الزوج فيما إذا قال الحقي بأهلك فكذلك منها، وإن قالت اخترت الأزواج فكذلك لأنهم لا يحلون إلا بمفارقة هذا الزوج ولذلك كان كناية منه في قوله: انكحي من شئت.

فصل: فإن كرر لفظة الخيار فقال اختاري اختاري اختاري فقال أحمد إنما يردد عليها ليفهمها وليس نيته ثلاثاً فهي واحدة وإن كان أراد بذلك ثلاثاً فهي ثلاث، فرد الأمر إلى نيته في ذلك وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إذا قبلت وقع ثلاثا لأنه كرر ما يقع به الطلاق فتكرر كما لو كرر الطلاق.

ولنا: إنه يحتمل التأكيد فإذا قصده قبل منه كما لو قال أنت طالق الطلاق وإن أطلق فقد روي عن أحمد ما يدل على أنها واحدة يملك الرجعة وهذا اختيار القاضي ومذهب عطاء وأبي ثور لأن تكرر التخيير لا يزيد به الخيار كشرط الخيار في البيع. وروي عن أحمد إذا قال لامرأته اختاري فقالت: اخترت نفسي هي واحدة إلا أن يقول: اختاري اختاري اختاري. وهذا يدل على أنها تطلق ثلاثاً ونحوه قال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي ومالك لأن اللفظة الواحدة تقتضي طلقة فإذا تكررت اقتضت ثلاثاً كلفظة الطلاق.

فصل: فإن قال لزوجته طلقي نفسك ونوى عدداً فهو على ما نوى وإن أطلق من غير نية لم يملك إلا واحدة لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم وكذلك الحكم لو وكل أجنبياً فقال طلق زوجتي فالحكم على ما ذكرناه، قال أحمد إذا قال لامرأته طلقي نفسك ونوى ثلاثاً فطلقت نفسها ثلاثاً فهي ثلاث وإن كان نوى واحدة فهي واحدة وذلك لأن الطلاق يكون

واحدة وثلاثاً فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله وإن لم ينو تناول اليقين وهو الواحدة فإن طلقت نفسها أو طلقها الوكيل في المجلس أو بعده وقع الطلاق لأنه توكيل. وقال القاضي إذا قال لها طلقي نفسك تقييد بالمجلس لأنه تفويض للطلاق إليها فتقيد بالمجلس كقوله اختاري.

ولنا: إنه توكيل في الطلاق فكان على التراخي كتوكيل الأجنبي وكقوله أمرك بيدك. وفارق اختاري فإنه تخيير، وما ذكروه ينتقض بقوله أمرك بيدك ولها أن توقع الطلاق بلفظ الصريح وبالكناية مع النية وقال بعض أصحاب الشافعي ليس لها أن توقعه بالكناية لأنه فوضه إليها بلفظ الصريح فلا يصح أن توقع غير ما فوض إليها.

ولنا: إنه فوض إليها الطلاق وقد أوقعته فوقع كما لو أوقعته بلفظ الصريح وما ذكره غير صحيح فإن التوكيل في شيء لا يقتضي أن يكون إيقاعه بلفظ الأمر من جهته كما لو قال لوكيله بع داري جاز له بيعها بلفظ التمليك وإن قال لها طلقي ثلاثاً فطلقت واحدة وقع نص عليه، وقال مالك لا يقع شيء لأنها لم تمتثل أمره.

ولنا: إنها ملكت إيقاع ثلاث فملكت إيقاع واحدة كالموكل ولأنه لو قال وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة فقال قبلت واحداً منهم صح كذا ها هنا وإن قال طلقي واحدة فطلقت ثلاثاً، وقعت واحدة نص عليه أيضاً، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يقع شيء لأنها لم تأت بما يصلح قبولاً فلم يصح كما لو قال بعتك نصف هذا العبد فقال قبلت البيع في جميعه.

ولنا: إنها أوقعت طلاقاً مأذوناً فيه وغيره فوقع المأذون فيه دون غيره كما لو قال طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرائرها فإن قال طلقي نفسك فقالت أنا طالق إن قدم زيد لم يصح لأن إذنه انصرف إلى المنجز فلم يتناول المعلق على شرط وحكم توكيل الأجنبي في الطلاق كحكمها فيما ذكرناه كله.

فصل: نقل عنه أبو الحارث إذا قال طلقي نفسك طلاق السنة قالت قد طلقت نفسي ثلاثاً هي واحدة وهو أحق برجعتها إنما كان كذلك لأن التوكيل بلفظ يتناول أقل ما يقع عليه اللفظ وهو طلقة واحدة سيما وطلاق السنة في الصحيح طلقة واحدة في طهر لم يصبها فيه.

فصل: ويجوز أن يجعل أمر امرأته بيدها بعوض وحكمه حكم ما لا عوض له في أن له الرجوع فيما جعل لها وأنه يبطل بالوطء، قال أحمد إذا قالت امرأته اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا قبض العبد وجعل أمرها بيدها فلها أن تختار ما لم يطأها أو ينقضه وذلك لأنه توكيل والتوكيل لا يلزم بدخول العوض فيه وكذلك التمليك بعوض لا يلزم ما لم يتصل به القبول كالبيع.

فصل: إذا اختلفا فقال الزوج لم أنو الطلاق بلفظ الاختيار وأمرك بيدك وقالت بل نويت كان القول قوله لأنه أعلم بنيته ولا سبيل إلى معرفته إلا من جهته ما لم يكن جواب سؤال أو معها دلالة حال وإن قال: لم تنو الطلاق باختيار نفسك وقالت بل نويت فالقول قولها لما

ذكرنا، وإن قالت قد اخترت نفسي وأنكر وجود الاختيار منها فالقول قوله لأنه منكر له وهو مما يمكنه علمه ويمكنها إقامة البينة عليه فأشبه ما لو علق طلاقها على دخول الدتر فادعته فأنكره.

فصل: إذا قال لزوجته أنت علي حرام فهو ظهار وقال الشافعي لا شيء عليه وله قول آخر عليه كفارة يمين وليس بيمين، وقال أبو حنيفة هو يمين وقد روي ذلك عن أبي بكر وعمر بن الخطاب وابن مسعود رضي الله عنهم، وقال سعيد حدثنا خالد بن عبد الله عن جويبر عن الضحاك أن أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا في الحرام يمين وبه قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعن أحمد ما يدل على ذلك لأن الله تعالى قال: ﴿لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] ثم قال: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحريم: ٢] وقال ابن عباس: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: ٢١] ولأنه تحريم للحلال أشبه تحريم الأمة.

ولنا: إنه تحريم للزوجة بغير طلاق فوجبت به كفارة الظهار كما لو قال أنت علي حرام كظهر أمي فأما إن نوى غير الظهار فالمنصوص عن أحمد في رواية جماعة أنه ظهار نوى الطلاق أو لم ينوه وذكره الخرقي في موضع غير هذا وممن قال إنه ظهار: عثمان بن عفان وابن عباس وأبو قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي روى الأثرم بإسناده عن ابن عباس في الحرام أنه تحرير رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً ولأنه صريح في تحريمها فكان ظهاراً وإن نوى غيره كقوله أنت علي كظهر أمي وعن أحمد أنه إذا نوى الطلاق كان طلاقاً إذا قال ما أحل الله علي حرام يعني به الطلاق أخاف أن يكون ثلاثاً ولا أفتي به وهذا مثل قوله في الكنايات الظاهرة فكأنه جعله من كنايات الطلاق يقع به الطلاق إذا نواه ونقل عنه البغوي في رجل قال لامرأته أمرك بيدك فقالت أنا عليك حرام فقد حرمت عليه فجعله منها كناية في الطلاق فكذلك من الرجل، واختاره ابن عقيل وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي، وروي ذلك عن ابن مسعود وممن روي عنه أنه طلاق ثلاث علي وزيد بن ثابت وأبو هريرة والحسن البصري وابن أبي ليلى وهو مذهب مالك في المدخول بها لأن الطلاق نوع تحريم فصح أن يكنى به عنه كقوله أنت بائن فأما إن لم ينو الطلاق فلا يكون طلاقاً بحال لأنه ليس بصريح في الطلاق فإذا لم ينو معه لم يقع به طلاق كسائر الكنايات، وإن قلنا إنه كناية في الطلاق ونوى به فحكمه حكم الكنايات الظاهرة على ما مضى من الاختلاف فيها وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي كل على أصله ويمكن حمله على الكنايات الخفية إذا قلنا إن الرجعة محرمة لأن أقل ما تحرم به الزوجة طلقة رجعية فحمل على اليقين. وقد روي عن أحمد ما يدل عليه فإنه قال إذا قال أنت علي حرام أعني به طلاقاً فهي واحدة وروي هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه والزهري وقد روي عن مسروق وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي ليس بشيء لأنه قول هو كاذب فيه وهذا يبطل بالظهار فإنه منكر من القول وزور وقد وجبت الكفارة ولأن هذا إيقاع للطلاق فأشبه قوله أنت بائن أو أنت طالق وروي عن أحمد أنه إذا نوى اليمين كان يميناً فإنه قال

في رواية مهنا إنه إذا قال أنت علي حرام ونوى يميناً ثم تركها أربعة أشهر قال هو يمين وإنما الإيلاء أن يحلف بالله أن لا يقرب امرأته فظاهر هذا أنه إذا نوى اليمين كانت يميناً وهذا مذهب ابن مسعود وقول أبي حنيفة والشافعي، وممن روي عنه عليه كفارة يمين أبو بكر الصديق وعمر وابن عباس وعائشة وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وطاوس وسليمان بن يسار وقتادة والأوزاعي وفي المتفق عليه عن سعيد بن جبير أنه سمع ابن عباس يقول: إذا حرم الرجل عليه امرأته فهي يمين يكفرها وقال: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: ٢١] ولأن الله تعالى قال: ﴿يَا أَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ؟ تَبْتَغِي مَرْضَاةَ أَزْوَاجِكَ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ * قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحريم: ١، ٢] فجعل الحرام يميناً ومعنى قوله نوى يميناً والله أعلم أنه نوى بقوله أنت علي حرام ترك وطئها واجتنابها وأقام ذلك مقام قوله والله لا وطئتك.

فصل: وإن قال أنت علي حرام أعني به الطلاق فهو طلاق رواه الجماعة عن أحمد وروى عنه أبو عبد الله النيسابوري أنه إذا قال أنت علي حرام أريد به الطلاق كنت أقول إنها طالق يكفر كفارة الظهار وهذا كأنه رجوع عن قوله إنه طلاق، ووجهه أنه صريح في الظهار فلم يصر طلاقاً بقوله أريد به الطلاق كما لو قال أنت علي كظهر أمي أعني به الطلاق قال القاضي: ولكن جماعة أصحابنا على أنه طلاق وهي الرواية المشهورة التي رواها عنه الجماعة لأنه صرح بلفظ الطلاق فكان طلاقاً كما لو ضربها وقال هذا طلاقك وليس هذا صريحاً في الظهار إنما هو صريح في التحريم والتحريم يتنوع إلى تحريم بالظهار وإلى تحريم بالطلاق فإذا بين بلفظه إرادة تحريم الطلاق وجب صرفه إليه، وفارق قوله أنت علي كظهر أمي فإنه صريح في الظهار وهو تحريم لا يرتفع إلا بالكفارة فلم يمكن جعل ذلك طلاقاً بخلاف مسألتنا ثم إن قال أعني به الطلاق أو نوى به ثلاثاً فهي ثلاث نص عليه أحمد لأنه أتى بالألف واللام التي للاستغراق تفسيراً للتحريم فيدخل فيه الطلاق كله وإذا نوى الثلاث فقد نوى بلفظه ما يحتمله من الطلاق فوقع كما لو قال أنت بائن وعنه لا يكون ثلاثاً حتى ينويها سواء كانت فيه الألف واللام أو لم تكن لأن الألف واللام تكون لغير الاستغراق في أكثر أسماء الأجناس، وإن قال أعني به طلاقاً فهو واحدة لأنه ذكره منكراً فيكون طلاقاً واحداً نص عليه أحمد وقال في رواية حنبل إذا قال أعني طلاقاً فهي واحدة أو اثنتان إذا لم تكن فيه ألف ولام.

فصل: فإن قال أنت علي كظهر أمي ونوى به الطلاق لم يكن طلاقاً لأنه صريح في الظهار فلم يصح كناية في الطلاق كما لا يكون الطلاق كناية في الظهار ولأن الظهار تشبيه بمن هي محرمة على التأبيد والطلاق يفيد تحريماً غير مؤبد فلم تصلح الكناية بأحدهما عن الآخر، ولو صرح به فقال أعني به الطلاق لم يصر طلاقاً لأنه لا يصلح الكناية به عنه.

فصل: وإن قال أنت علي كالميتة والدم ونوى به الطلاق كان طلاقاً لأنه يصلح أن يكون كناية فيه فإذا اقترنت به النية وقع به الطلاق ويقع به من عدد الطلاق ما نواه فإن لم ينو شيئاً

وقعت واحدة لأنه من الكنايات الخفية وهذا حكمها، وإن نوى به الظهار وهو أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها احتمل أن يكون ظهاراً كما قلنا في قوله أنت علي حرام، واحتمل أن لا يكون ظهاراً كما لو قال أنت علي كظهر البهيمة أو كظهر أمي، وإن نوى اليمين وهو أن يريد بذلك ترك وطئها لا تحريمها ولا طلاقها فهو يمين، وإن لم ينو شيئاً لم يكن طلاقاً لأنه ليس بصريح في الطلاق ولا نواه به وهل يكون ظهاراً أو يميناً؟ على وجهين:

أحدهما: يكون ظهاراً لأن معناه أنت حرام علي كالميتة والدم فإن تشبيهها بهما يقتضي التشبيه بهما في الأمر الذي اشتهرا به وهو التحريم لقول الله تعالى فيهما: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾ [المائدة: ٣].

والثاني: يكون يميناً لأن الأصل براءة الذمة فإذا أتى بلفظ محتمل ثبت به أقل الحكمين لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا نثبته بالشك ولا نزول عن الأصل إلا بيقين، وعند الشافعي هو كقوله أنت علي حرام سواء.

مسألة: قال: (وإذا طلقها بلسانه واستثنى شيئاً بقلبه وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء)

وجملة ذلك: أن ما يتصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة أضرب: **أحدها**: ما لا يصح نطقاً ولا نية وذلك نوعان، **أحدهما**: ما يرفع حكم اللفظ كله مثل أن يقول أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً أو أنت طالق طلقة لا تلزمك أو لا تقع عليك فهذا لا يصح بلفظه ولا بنيته لأنه يرفع حكم اللفظ كله فيصير الجميع لغواً فلا يصح هذا في اللغة بالاتفاق وإذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ووقع الطلاق.

الضرب الثاني: ما يقبل لفظاً ولا يقبل نية لا في الحكم ولا فيما بينه وبين الله تعالى وهو استثناء الأقل فهذا يصح لفظاً لأنه من لسان العرب ولا يصح بالنية مثل أن يقول: أنت طالق ثلاثاً ويستثني بقلبه إلا واحدة أو أكثر فهذا لا يصح لأن العدد نص فيما تناوله لا يحتمل غيره فلا يرتفع بالنية ما ثبت بنص اللفظ فإن اللفظ أقوى من النية، ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملاً للفظ في غير ما يصلح له فوقع مقتضى اللفظ ولغت نيته.

وحكي عن بعض الشافعية أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال نسائي طوالق واستثنى بقلبه إلا فلانة: والفرق بينهما أن نسائي اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ما وضع له وقد استعمل العموم بإزاء الخصوص كثيراً فإذا أراد به البعض صح، وقوله ثلاثاً اسم عدد للثلاث لا يجوز التعبير به عن عدد غيرها ولا يحتمل سواها بوجه فإذا أراد بذلك اثنتين فقد أراد باللفظ ما لا يحتمله وإنما تعمل النية في صرف اللفظ المحتمل إلى أحد محتملاته، فأما ما لا يحتمل فلا فإنا لو عملنا به فيما لا يحتمل كان عملاً بمجرد النية ومجرد النية لا تعمل في نكاح ولا طلاق ولا بيع، ولو قال نسائي الأربع طوالق أو قال لهن أربعتكن طوالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ما ذكرناه ولا يدين فيه لأنه عنى باللفظ ما لا يحتمل.

الضرب الثالث: ما يصح نطقاً وإذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى وذلك مثل تخصيص اللفظ العام أو استعمال اللفظ في مجازه مثل قوله نسائي طوالق يريد بعضهن أو ينوي بقوله طالق أي من وثاق فهذا يقبل إذا كان لفظاً وجهاً واحداً لأنه وصل كلامه بما يبين مراده، وإن كان بنيته قبل فيما بينه وبين الله تعالى لأنه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله في الخصوص وهذا سائغ في اللغة شائع في الكلام فلا يمنع من استعماله والتكلم به ويكون اللفظ بنيته منصرفاً إلى ما أراده دون ما لم يرده، وهل يقبل ذلك في الحكم؟ يخرج على روايتين:

إحداهما: يقبل. لأنه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال: أنت طالق أنت طالق، وأراد بالثانية إفهامها. **والثانية**: لا يقبل لأنه خلاف الظاهر وهو مذهب الشافعي، ومن شرط هذا أن تكون النية مقارنة للفظ وهو أن يقول: نسائي طوالق يقصد بهذا اللفظ بعضهن، فأما إن كانت النية متأخرة عن اللفظ فقال نسائي طوالق ثم بعد فراغه نوى بقلبه بعضهن لم تنفعه النية ووقع الطلاق بجميعهن وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أي من وثاق لزمه الطلاق لأنه مقتضى اللفظ والنية الأخيرة نية مجردة لا لفظ معها فلا تعمل. ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال مثل أن يقول: أنت طالق ثم يصله بشرط أو صفة مثل قوله إن دخلت الدار أو بعد شهر أو قال إن دخلت الدار بعد شهر فهذا يصح إذا كان نطقاً بغير خلاف، وإن نواه ولم يلفظ به دين، وهل يقبل في الحكم؟ على روايتين قال في رواية إسحاق بن ابراهيم فيمن حلف لا تدخل الدار وقال نويت شهراً يقبل منه أو قال: إذا دخلت دار فلان فأنت طالق ونوى تلك الساعة وذلك اليوم قبلت نيته.

والراواية الأخرى: لا تقبل فإنه قال لامرأته أنت طالق ونوى في نفسه إلى سنة تطلق ليس ينظر إلى نيته. وقال إذا قال أنت طالق وقال نويت إن دخلت الدار لا يصدق، ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين بأن يحمل قوله في القبول على أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى وقوله في عدم القبول على الحكم فلا يكون بينهما اختلاف والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها أن إرادة الخاص بالعام شائع كثير، وإرادة الشرط من غير ذكره غير سائغ فهو قريب من الاستثناء، ويمكن أن يقال هذا كله من جملة التخصيص.

فصل: وإذا قالت له امرأة من نسائه طلقني فقال نسائي طوالق ولا نية له طلقن كلهن بغير خلاف لأن لفظه عام، وإن قالت له طلق نساءك فقال نسائي طوالق فكذلك، وحكي عن مالك أن السائلة لا تطلق في هذه الصورة لأن الخطاب العام يقصر على سببه الخاص وسببه سؤال طلاق من سواها.

ولنا: إن اللفظ عام فيها ولم يرد به غير مقتضاه فوجب العمل بعمومه كالصورة الأولى، والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب لأن دليل الحكم هو اللفظ فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه في خصوصه وعمومه ولذلك لو كان أخص من السبب لوجب قصره على خصوصه واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب فإن أخرج السائلة بنيته دين فيما بينه وبين الله

تعالى في الصورتين وقبل في الحكم في الصورة الثانية لأن خصوص السبب دليل على نيته ولم يقبل في الصورة الأولى قاله ابن حامد لأن طلاقه جواب لسؤالها الطلاق لنفسها فلا يصدق في صرفه عنها لأنه يخالف الظاهر من وجهين ولأنها سبب الطلاق وسبب الحكم لا يجوز إخراجه من العموم بالتخصيص، وقال القاضي يحتمل أن لا تطلق لأن لفظه عام والعام يحتمل التخصيص.

فصل: فإن قال أنت طالق إن دخلت الدار. ثم قال إنما أردت الطلاق في الحال لكن سبق لساني إلى الشرط طلقت في الحال لأنه أقر على نفسه بما يوجب الطلاق فلزمه كما لو قال قد طلقتها فإن قال بعد ذلك كذبت وإنما أردت طلاقها عند الشرط دين في ذلك ولم يقبل في الحكم لأنه رجوع عما أقر به.

فصل: وقول الخرقي: واستثنى شيئاً بقلبه يدل بمفهومه على أنه إذا استثنى بلسانه صح ولم يقع ما استثناه وهو قول جماعة أهل العلم، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة أنها تطلق طلقتين منهم: الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن أبي بكر أن الاستثناء لا يؤثر في عدد الطلقات ويجوز في المطلقات فلو قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وقع الثلاث ولو قال نسائي طوالق إلا فلانة لم تطلق لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه والاستثناء يرفعه لو صح، وما ذكره من التعليل باطل بما سلمه من الاستثناء في المطلقات، وليس الاستثناء رفعاً لما وقع إذ لو كان كذلك لما صح في المطلقات ولا الإعتاق ولا في الإقرار ولا الاخبار وإنما هو مبين أن المستثنى غير مراد بالكلام فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل فقوله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾[العنكبوت:١٤] عبارة عن تسعمائة وخمسين وقوله تعالى: ﴿إِنَّنِي بَرَاءٌ مِّمَّا تَعْبُدُونَ * إِلَّا الَّذِي فَطَرَنِي﴾ [الزخرف: ٢٦، ٢٧] تبرؤ من غير الله. فكذلك قوله: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة عبارة عن اثنتين لا غير وحرف الاستثناء المستولى عليه إلا ويشبه به أسماء وأفعال وحروف فالأسماء غير وسوى والأفعال ليس ولا يكون وعداً والحروف حاشا وخلا فأي كلمة استثنى بها صح الاستثناء.

فصل: ولا يصح استثناء الأكثر نص عليه أحمد فلو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وقع ثلاث والأكثرون على أن ذلك جائز وقد ذكرناه في الإقرار وذكرنا أن أهل العربية إنما أجازوه في القليل من الكثير وحكينا ذلك عن جماعة من أئمة أهل اللغة فإذا قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وقع اثنتان وإن قال إلا اثنتين وقع ثلاث وإن قال طلقتين إلا طلقة ففيه وجهان: أحدهما: يقع طلقة. والثاني: طلقتان بناء على استثناء النصف هل يصح أو لا؟ على وجهين. وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً وقع ثلاث بغير خلاف لأن الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه فلا يصح أن يرفع جميعه، وإن قال أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً وقع ثلاث لأن الاستثناء إن عاد إلى الخمس فقد استثنى الأكثر وإن عاد إلى الثلاث التي يملكها فقد رفع جميعها وكلاهما لا يصح وإن قال خمساً إلا طلقة ففيه وجهان: أحدهما: يقع ثلاث لأن الكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثنى

فكأنه قال أنت طالق أربعاً. والثاني: يقع اثنتان ذكره القاضي لأن الاستثناء يرجع إلى ما ملكه من الطلقات وهي الثلاث وما زاد عليها يلغو وقد استثنى واحدة من الثلاث فيصح ويقع طلقتان.

وإن قال أنت طالق أربعاً إلا اثنتين فعلى الوجه الأول يصح الاستثناء ويقع اثنتان، وعلى قول القاضي ينبغي أن لا يصح الاستثناء ويقع ثلاث لأن الاستثناء يرجع إلى الثلاث فيكون استثناء الأكثر.

فصل: فإن قال أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح الاستثناء لأن الاستثناء يرفع الجملة الأخيرة بكمالها من غير زيادة عليها فيصير ذكرها واستثناؤها لغواً وكل استثناء أفضى تصحيحه إلى الغاية وإلغاء المستثنى منه بطل كاستثناء الجميع ولأن إلغاءه وحده أولى من إلغائه مع إلغاء غيره ولأن الاستثناء يعود إلى الجملة الأخيرة في أحد الوجهين فيكون استثناء للجميع. **والوجه الثاني**: يصح الاستثناء ويقع طلقتان لأن العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة فيصير مستثنياً لواحدة من ثلاث ولذلك لو قال له علي مائة وعشرون درهماً إلا خمسين صح والأول أصح وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي.

وإن قال أنت طالق واحدة واثنتين إلا واحدة فعلى الوجه الثاني يصح الاستثناء وعلى الوجه الأول يخرج في صحته وجهان بناء على استثناء النصف وإن قال أنت طالق وطالق وطالق إلا طلقة أو قال طالق طلقتين ونصفاً إلا طلقة فالحكم في ذلك كالحكم في المسألة الأولى سواء وإن كان العطف بغير واو كقوله أنت طالق فطالق أو طالق ثم طالق ثم طالق إلا طلقة لم يصح الاستثناء لأن هذا حرف يقتضي الترتيب وكون الطلقة الأخيرة مفردة عما قبلها فيعود الاستثناء إليها وحدها فلا يصح، وإن قال أنت طالق اثنتين واثنتين إلا اثنتين لم يصح الاستثناء لأنه إن عاد إلى الجملة التي تليه فهو رفع لجميعها وإن عاد إلى الثلاث التي يملكها فهو رفع لأكثرها وكلاهما لا يصح، ويحتمل أن يصح بناء على أن العطف بالواو يجعل الجملتين جملة واحدة وأن استثناء النصف يصح فكأنه قال: أربعاً إلا اثنتين وإن قال أنت طالق اثنتين واثنتين إلا واحدة احتمل أن يصح. لأنه استثنى واحدة من ثلاث واحتمل أن لا يصح لأنه إن عاد إلى الرابعة فقد بقي بعدها ثلاث وإن عاد إلى الواحدة الباقية من الاثنتين فهو استثناء الجميع.

فصل: وإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة وطلقة، ففيه وجهان. **أحدهما**: يلغو الاستثناء ويقع ثلاث لأن العطف يوجب اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فيصير مستثنياً لثلاث من ثلاث، وهذا وجه لأصحاب الشافعي وقول أبي حنيفة. **والثاني**: يصح الاستثناء في طلقة لأن الاستثناء الأقل جائز، وإنما لا يصح استثناء الثانية والثالثة فيلغو وحده. وقال أبو يوسف ومحمد: يصح استثناء اثنتين ويلغو في الثالثة بناء على أصلهم في أن استثناء الأكثر جائز وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي، وإن قال: أنت طالق طلقتين إلا طلقة وطلقة، ففيه الوجهان. وإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة ونصف احتمل وجهين أيضاً. **أحدهما**: يلغو

الاستثناء لأن النصف يكمل فيكون مستثنياً للأكثر فيلغو، والثاني: يصح في طلقة فتقع طلقتان لما ذكرنا في التي قبلها فإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وإلا واحدة كان عاطفاً لاستثناء على استثناء، فيصح الأول ويلغو الثاني، لأننا لو صححناه لكان مستثنياً للأكثر فيقع به طلقتان ويجيء على قول من أجاز استثناء الأكثر أن يصح فيهما فتقع طلقة واحدة. وإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة إلا واحدة كان مستثنياً من الواحدة المستثناة واحدة فيحتمل أن يلغو الاستثناء الثاني، ويصح الأول فيقع به طلقتان، ويحتمل أن يقع به الثلاث لأن الاستثناء الثاني معناه إثبات طلقة في حقها لكون الاستثناء من النفي إثباتاً، فيقبل ذلك في إيقاع طلاقه، وإن لم يقبل في نفيه كما لو قال: أنت طالق طلقتين ونصفاً وقع به ثلاث. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة وقع به ثلاث فكمل النصف في الإثبات ولم يكمل في النفي.

فصل: ويصح الاستثناء من الاستثناء، ولا يصح منه في الطلاق إلا مسألة واحدة على اختلاف فيها، وهي قوله: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة، فإنه يصح إذا أجزنا استثناء النصف فيقع به طلقتان، فإن قيل: فكيف أجزتم استثناء الاثنتين من الثلاث وهي أكثرها؟ قلنا: لأنه لم يسكت عليهما بل وصلهما بأن استثنى منها طلقة فصار عبارة عن واحدة وإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين لم يصح، لأن استثناء الاثنتين من الثلاث لا يصح لأنهما أكثرها واستثناء الثلاث من الثلاث لا يصح لأنها جميعها، وإن قال ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة لم يصح، ووقع ثلاث لأنه إذا استثنى واحدة من ثلاث بقي اثنتان لا يصح استثناؤهما من الثلاث الأولى، فيقع الثلاث. وذكر أبو الخطاب فيها وجهاً آخر، أنه يصح لأن الاستثناء الأول يلغو لكونه استثناء الجميع فيرجع قوله، إلا واحدة إلى الثلاث المثبتة فيقع منها طلقتان، والأول أولى، لأن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات، فإذا استثنى من الثلاث المنفية طلقة كان مثبتاً لها، فلا يجوز جعلها من الثلاث المثبتة لأنه يكون إثباتاً من إثبات، ولا يصح الاستثناء في جميع ذلك إلا متصلاً بالكلام، وقد ذكر في الإقرار والله أعلم.

مسألة: قال: (وإذا قال لها أنت طالق في شهر كذا لم تطلق حتى تغيب شمس اليوم الذي يلي الشهر المشترط)

وجملة ذلك: أنه إذا قال: أنت طالق في شهر عينه كشهر رمضان وقع الطلاق في أول جزء من الليلة الأولى منه، وذلك حين تغرب الشمس من آخر يوم من الشهر الذي قبله وهو شهر شعبان، وبهذا قال أبو حنيفة وقال أبو ثور: يقع الطلاق في آخر رمضان لأن ذلك يحتمل وقوعه في أوله وآخره، فلا يقع إلا بعد زوال الاحتمال.

ولنا: إنه جعل الشهر ظرفاً للطلاق، فإذا وجد ما يكون ظرفاً له طلقت كما لو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق، فإذا دخلت أول جزء منها طلقت فأما إن قال: إن لم أقضك حقك في شهر رمضان فامرأتي طالق لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه. لأنه إذا قضاه في آخره لم توجد الصفة وفي الموضعين لا يمنع من وطء زوجته قبل الحنث، وقال مالك: يمنع. وكذلك كل

يمين على فعل يفعله يمنع من الوطء قبل فعله لأن الظاهر أنـه على حنث لأن الحنث بـترك الفعل وليس بفاعله.

ولنا: إن طلاقه لم يقع فلا يمنع من الوطء لأجل اليمين، كما لو حلف لا فعلت كذا، ولو صح ما ذكره لوجب إيقاع الطلاق.

فصل: ومتى جعل زمناً ظرفاً للطلاق وقع الطلاق في أول جزء منه، مثل أن يقول: أنت طالق اليوم أو غداً أو في سنة كذا أو شهر المحرم لما ذكرنا، فـإن قال في آخـره أو أوسطه أو يـوم كذا منه أو في النهار دون الليل قبل منه فيما بينه وبين الله تعالى، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين وإن قال: أنت طالق في أول رمضان أو غرة رمضان أو في رأس شهر رمضان أو دخـول شهر رمضان أو استقبـال رمضان أو مجيء شهـر رمضان طلقت بـأول جزء منـه ولم يقبل قـوله: أردت أوسطه أو آخره لا ظـاهراً ولا بـاطناً لأنـه لا يحتمله لفظه. وإن قـال بانقضـاء رمضان أو انسلاخه أو نفـاده أو مضيه طلقت في آخـر جزء منـه، وإن قال: أنت طـالق في أول نهار شهر رمضان أو في أول يوم منه طلقت بطلوع الفجر أول يوم منه لأن ذلك أول النهـار واليوم، ولهـذا لو نذر اعتكاف يوم أو صيام يوم لزمه من طلوع الفجر. وإن قال: أنت طالق إذا كان رمضـان أو إلى رمضان أو إلى هلال رمضان أو في هلال رمضان طلقت ساعـة يستهل إلا أن يكـون نوى من الساعة إلى الهلال فتطلق في الحال، وإن قال: أنت طالق في مجيء ثلاثـة أيام طلقت في أول اليوم الثالث.

فصل: وإذا أوقع الـطلاق في زمن أو علقه بصفـة تعلق بهـا ولم يقـع حتى تـأتي الصفـة والزمن وهذا قول ابن عباس وعـطاء وجابـر بن زيد والنخعي وأبي هـاشم والثوري والشـافعي وإسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأي، وقـال سعيد بن المسيب والحسن والـزهري وقتـادة ويحيى الأنصاري وربيعة ومالك إذا علق الطلاق بصفة تـأتي لا محالـة، كقولـه: أنت طالق إذا طلعت الشمس أو دخل رمضان طلقت في الحال، لأن النكاح لا يكون مؤقتاً بـزمان، ولـذلك لا يجـوز أن يتزوجها شهراً.

ولنا: إن ابن عباس كان يقول في الرجل يقول لامرأته: أنت طالق إلى رأس السنة، قال يطأ فيما بينه وبين رأس السنة، ولأنه إزالة ملك يصح تعليقه بالصفات فمتى علقه بصفـة لم يقع قبلها كالعتق فإنهم سلموه، وقد احتج أحمد بقول أبي ذر: «إن لي إبلاً يرعاها عبـد لي وهو عتيق إلى الحول» ولأنه تعليق للطلاق بصفة لم توجد فلم يقع، كما لو قال: أنت طالق إذا قدم الحاج، وليس هذا توقيتاً للنكاح وإنما هو توقيت للطلاق. وهذا لا يمنع كما أن النكاح لا يجوز أن يكـون معلقاً بشرط والطلاق يجوز فيه التعليق.

فصل: ولو قال: أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا فهو كما لو قال في شهر كذا أو سنة كذا، ولا يقع الطلاق إلا في أول ذلك الوقت، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: يقع في الحال

لأن قوله أنت طالق إيقاع في الحال، وقوله إلى شهر كذا تأقيت له وغاية وهو لا يقبل التأقيت فبطل التأقيت ووقع الطلاق.

ولنا: قول ابن عباس وقول أبي ذر، ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيتاً لإيقاعه، كقول الرجل: أنا خارج إلى سنة أي بعد سنة، وإذا احتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك، وقد ترجح ما ذكرناه من وجهين. **أحدهما**: أنه جعل للطلاق غاية ولا غاية لآخره، وإنما الغاية لأوله. **والثاني**: أن ما ذكرناه عمل باليقين وما ذكروه أخذ بالشك فإن قال: أردت أنها طالق في الحال إلى سنة كذا وقع في الحال لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ ولفظه يحتمله. وإن قال: أنت طالق من اليوم إلى سنة طلقت في الحال لأن من لابتداء الغاية فيقتضي أن طلاقها من اليوم. فإن قال: أردت أن عقد الصفة من اليوم ووقوعه بعد سنة لم يقع إلا بعدها وإن قال: أردت تكرير وقوع طلاقها من حين لفظت به إلى سنة طلقت من ساعتها ثلاثاً إذا كانت مدخولاً بها. قال أحمد: إذا قال لها أنت طالق من اليوم إلى سنة يريد التوكيد وكثرة الطلاق فتلك طالق من ساعتها.

فصل: إذا قال أنت طالق في آخر أول الشهر طلقت في آخر أول يوم منه لأنه أوله، وإن قال في أول آخره طلقت في أول آخر يوم منه لأنه آخره وقال أبو بكر في الأولى: تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه، وفي الثانية تطلق بدخول أول الليلة السادس عشر منه لأن الشهر نصفان أول وآخر فآخر أوله يلي أول آخره، وهذا قول أبي العباس بن شريح، وقال أكثرهم كقولنا وهو أصح، فإن ما عدا اليوم الأول لا يسمى أول الشهر ويصح نفيه عنه وكذلك لا يسمى أوسط الشهر آخره ولا يفهم ذلك من إطلاق لفظه فوجب أن يصرف كلام الحالف إليه ولا يحمل كلامه عليه.

فصل: وإذا قال: إذا مضت سنة فأنت طالق أو أنت طالق إلى سنة، فإن ابتداء السنة من حين حلف إلى تمام اثني عشر شهراً بالأهلة لقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩] فإن حلف في أول الشهر، فإذا مضى اثنا عشر شهراً وقع طلاقه، وإن حلف في أثناء شهر عددت ما بقي منه ثم حسبت بعد بالأهلة، فإذا مضت أحد عشر شهراً نظرت ما بقي من الشهر الأول فكلمته ثلاثين يوماً، لأن الشهر اسم لما بين هلالين. فإذا تفرق كان ثلاثين يوماً وفيه وجه آخر: أنه تعتبر الشهور كلها بالعدد، نص عليه أحمد فيمن نذر صيام شهرين متتابعين فاعترض الأيام: قال يصوم ستين يوماً وإن ابتدأ من شهر، فصام شهرين فكانا ثمانية وخمسين يوماً أجزأه وذلك أنه لما صام نصف شهر وجب تكميله من الذي يليه فكان ابتداء الثاني من نصفه أيضاً فوجب أن يكمله بالعدد وهذا المعنى موجود في السنة ووجه الأول أنه أمكن استيفاء أحد عشر بالأهلة فوجب الاعتبار بها، كما لو كانت يمينه في أول شهر ولا يلزم أن يتم الأول من الثاني بل يتمه من آخر الشهور، وإن قال: أردت بقولي سنة إذا انسلخ ذو الحجة قبل لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ، وإن قال: إذا مضت السنة فأنت

طالق طلقت بانسلاخ ذي الحجة. لأنه لما عرفها بلام التعريف انصرفت إلى السنة المعروفة التي آخرها ذو الحجة، فإن قال أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبل لأن السنة اسم لها حقيقة.

فصل: فإن قال أنت طالق في كل سنة طلقة فهذه صفة صحيحة لأنه يملك إيقاعه في كل سنة فإذا جعل ذلك صفة جاز. ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه لأن كل أجل ثبت بمطلق العقد ثبت عقيبه كقوله والله لا كلمتك سنة فيقع في الحال طلقة لأنه جعل السنة ظرفاً للطلاق فتقع الأولى في أول جزء منها، وتقع الثانية في أول الثانية والثالثة في أول الثالثة إن دخلتا عليها وهي في نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو ارتجعها في عدة الطلقة الأولى وعدة الثانية أو جدد نكاحها بعد أن بانت، فإن انقضت عدتها فبانت منه ودخلت السنة الثانية وهي بائن لم تطلق لكونها غير زوجة، فإن تزوجها في أثنائها اقتضى قول أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزويجه لها لأنه جزء من السنة الثانية التي جعلها ظرفاً للطلاق ومحلاً له وكان سبيله أن تقع في أولها فمنع منه كونها غير محل الطلاق لعدم نكاحه حينئذ فإذا عادت الزوجية وقع في أولها، وقال القاضي تطلق بدخول السنة الثالثة، وعلى قول التميمي ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها في حال البينونة فلا تعود بحال، وإن لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة ثم نكحها طلقت عقيب تزويجها ثم طلقت الثالثة بدخول السنة الرابعة، وعلى قول القاضي لا تطلق إلا بدخول الرابعة، ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسة، وعلى قول التميمي قد انحلت الصفة، واختلف في مبدأ السنة الثانية فظاهر ما ذكره القاضي أن أولها بعد انقضاء اثني عشر شهراً من حين يمينه لأنه جعل ابتداء المدة حين يمينه وكذلك قال أصحاب الشافعي، وقال أبو الخطاب ابتداء السنة الثانية أول المحرم، لأنها السنة المعروفة فإذا علق ما يتكرر على تكرر السنين انصرف إلى السنين المعروفة كقول الله تعالى: ﴿أَوَلَا يَرَوْنَ أَنَّهُمْ يُفْتَنُونَ فِي كُلِّ عَامٍ﴾ [التوبة: ١٢٦] وإن قال أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبل لأنها سنة حقيقة، وإن قال نويت إن ابتداء السنين أول السنة الجديدة من المحرم دين قال القاضي ولا يقبل منه في الحكم لأنه خلاف الظاهر والأولى أن يخرج على روايتين. لأنه محتمل مخالف للظاهر.

فصل: إذا قال أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان طلقت برؤية الناس له في أول الشهر، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا تطلق إلا أن يراه لأنه علق الطلاق برؤية نفسه فأشبه ما لو علقه على رؤية زيد.

ولنا: إن الرؤية للهلال في عرف الشرع العلم به في أول الشهر بدليل قوله عليه السلام: «إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فافطروا» والمراد به رؤية البعض وحصول العلم فانصرف لفظ الحالف إلى عرف الشرع. كما لو قال إذا صليت فأنت طالق فإنه ينصرف إلى الصلاة الشرعية لا إلى الدعاء. وفارق رؤية زيد فإنه لم يثبت له عرف شرعي يخالف الحقيقة وكذلك لو لم يره أحد لكن ثبت الشهر بتمام العدد طلقت لأنه قد علم طلوعه بتمام العدد، وإن قال أردت إذا رأيته بعيني قبل لأنها رؤية حقيقية. وتتعلق الرؤية برؤية الهلال بعد الغروب فإن

رأى قبل ذلك لم تطلق لأن هلال الشهر ما كان في أوله. ولأننا جعلنا رؤية الهلال عبارة عن دخول أول الشهر. ويحتمل أن تطلق برؤيته قبل الغروب لأنه يسمى رؤية والحكم متعلق به في الشرع، فإن قال أردت إذا رأيته أنا بعيني فلم يره حتى أقمر لم تطلق لأنه ليس بهلال. واختلف فيما يصير به قمراً فقيل بعد ثالثة وقيل إذا استدار وقيل إذا بهر ضوءه.

فصل: قال أحمد: إذا قال لها أنت طالق ليلة القدر يعتزلها إذا دخل العشر وقبل العشر، أهل المدينة يرونها في السبع عشرة إلا أن المثبت عن النبي ﷺ في العشر الأواخر إنما أمره باجتنابها في العشر لأن النبي ﷺ أمر بالتماس ليلة القدر في العشر الأواخر. فيحتمل أن تكون أول ليلة منه ويمكن أن هذا منه على سبيل الاحتياط ولا يتحقق حنثه إلى آخر ليلة من الشهر لاحتمال أن تكون هي تلك الليلة.

فصل: وإذا علق طلاقها على شرط مستقبل. ثم قال عجلت لك تلك الطلقة لم تتعجل لأنها معلقة بزمن مستقبل. فلم يكن له إلى تغييرها سبيل وإن أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة وقعت بها طلقة فإذا جاء الزمن الذي علق الطلاق به وهي في حباله وقع بها الطلاق المعلق.

فصل: إذا قال أنت طالق غداً إذا قدم زيد لم تطلق حتى يقدم. لأن إذا اسم زمن مستقبل فمعناه أنت طالق غداً وقت قدوم زيد وإن لم يقدم زيد في غد لم تطلق وإن قدم بعده. لأنه قيد طلاقها بقدوم مقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد، وإن ماتت غدوة وقدم زيد بعد موتها لم تطلق لأن الوقت الذي أوقع طلاقها فيه لم يأت وهي محل للطلاق فلم تطلق. كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم، وإن قال أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم ليلاً لم تطلق. لأنه لم يوجد الشرط إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق وقت قدومه لأن الوقت يسمى يوماً. قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ﴾ [الأنفال: ١٦] وإن ماتت المرأة غدوة وقدم زيد ظهراً ففيه وجهان:

أحدهما: نتبين أن طلاقها وقع من أول اليوم. لأنه لو قال أنت طالق يوم الجمعة طلقت من أوله. فكذا إذا قال أنت طالق يوم يقدم زيد فينبغي أن تطلق بطلوع فجره.

والثاني: لا يقع الطلاق لأن شرطه قدوم زيد. ولم يوجد إلا بعد موت المرأة فلم يقع بخلاف يوم الجمعة فإن شرط الطلاق مجيء يوم الجمعة وقد وجد وها هنا شرطان فلا يؤخذ بأحدهما والأول أولى، وليس هذا شرطاً إنما هو بيان للوقت الذي يقع فيه الطلاق معرفاً بفعل يقع فيه فيقع في أوله كقوله: أنت طالق اليوم الذي نصلي فيه الجمعة، ولو قال أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد فكذلك، ولو مات الرجل غدوة ثم قدم زيد أو مات الزوجان قبل قدوم زيد كان الحكم كما لو ماتت المرأة، ولو قال أنت طالق في شهر رمضان إن قدم زيد فقدم فيه خرج فيه وجهان:

أحدهما: لا تطلق حتى يقدم زيد لأن قدومه شرط فلا يتقدمه المشروط بدليل ما لو قال أنت طالق إن قدم زيد فإنها لا تطلق قبل قدومه بالاتفاق وكما لو قال إذا قدم زيد.

والثاني: أنه إن قدم زيد تبينا وقوع الطلاق من أول الشهر قياساً على المسألة التي قبل هذه.

فصل: إذا قال أنت طالق اليوم وطالق غداً طلقت واحدة لأن من طلقت اليوم فهي طالق غداً، وإن قال أردت أن تطلق اليوم وتطلق غداً طلقت طلقتين في اليومين، وإن قال أردت أنها تطلق في أحد اليومين طلقت اليوم ولم تطلق غداً لأنه جعل الزمان كله ظرفاً لوقوع الطلاق فوقع في أوله، وإن قال أردت نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غداً طلقت اليوم واحدة وأخرى غداً. لأن النصف يكمل فيصير طلقة تامة. وإن قال أردت نصف طلقة اليوم وباقيها غداً احتمل ذلك أيضاً. واحتمل أن لا تطلق إلا واحدة لأنه إذا قال نصفها كملت اليوم كلها فلم يبق لها بقية تقع غداً ولم يقع شيء غيرها لأنه ما أوقعه، وذكر القاضي هذا الاحتمال أيضاً في المسألة الأولى أيضاً وهو مذهب الشافعي. وذكر أصحابه فيه الوجهين.

فصل: إذا قال أنت طالق اليوم إذا جاء غد فاختار القاضي أن الطلاق وقع في الحال لأنه علقه بشرط محال فلغا الشرط ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لطلاقها ولا بدعة أنت طالق للسنة، وقال في المجرد لا يقع لأن شرطه لم يتحقق لأن مقتضاه وقوع الطلاق إذا جاء غد في اليوم ولا يأتي غد إلا بعد فوات اليوم وذهاب محل الطلاق وهو قول أصحاب الشافعي.

فصل: إذا قال أنت طالق أمس ولا نية فظاهر كلام أحمد أن الطلاق لا يقع فروي عنه فيمن قال لزوجته أنت طالق أمس وإنما تزوجها اليوم ليس بشيء وهذا قول أبي بكر، وقال القاضي في بعض كتبه يقع الطلاق، وهو مذهب الشافعي لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق للسنة أو قال أنت طالق طلقة لا تلزمك، ووجه الأول أن الطلاق رفع الاستباحة ولا يمكن رفعها في الزمن الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين فقدم اليوم فإن أصحابنا لم يختلفوا في أن الطلاق لا يقع وهو قول أكثر أصحاب الشافعي. وهذا طلاق في زمن ماض، ولأنه علق الطلاق بمستحيل فلغا كما لو قال أنت طالق إن قلبت الحجر ذهباً، وإن قال أنت طالق قبل أن أتزوجك فالحكم فيه كما لو قال أنت طالق أمس، قال القاضي ورأيت بخط أبي بكر في جزء مفرد أنه قال إذا قال أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت ولو قال أنت طالق أمس لم يقع لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه وقبل تزويجها متصور الوجود. فإنه يمكن أن يتزوجها ثانياً، وهذا الوقت قبله فوقع في الحال كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد، وإن قصد بقوله أنت طالق أمس أو قبل أن أتزوجك إيقاع الطلاق في الحال مستنداً إلى ذلك الزمان وقع في الحال، وإن أراد الإخبار أنه كان قد طلقها هو أو زوج قبله في ذلك الزمان الذي ذكره وكان قد وجد ذلك قبل منه وإن لم يكن وجد وقع طلاقه ذكره أبو الخطاب، وقال القاضي: يقبل على ظاهر كلام أحمد لأنه فسره بما يحتمله ولم يشترط الوجود، وإن أراد أني كنت طلقتك أمس فكذبته لزمته الطلقة. وعليها العدة من يومها لأنها اعترفت أن أمس لم يكن من عدتها، وإن مات لم

يبين مراده فعلى وجهين بناء على اختلاف القولين في المطلق إن قلنا لا يقع به شيء لم يلزمه ها هنا شيء. وإن قلنا بوقوعه ثم وقع ها هنا.

فصل: وإن قال لزوجته أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه فبينا أن طلاقه وقع قبل الشهر لأنه إيقاع للطلاق بعد عقده وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباه يقع الطلاق عند قدوم زيد لأنه جعل الشهر شرطاً لوقوع الطلاق فلا يسبق الطلاق شرطه.

ولنا: إنه أوقع الطلاق في زمن على صفة فإذا حصلت الصفة وقع فيه كما لو قال أنت طالق قبل رمضان بشهر أو قبل موتك بشهر فإن أبا حنيفة خاصة يسلم ذلك ولا يسلم أنه جعل الشهر شرطاً وليس فيه حرف شرط، وإن قدم قبل مضي شهر لم يقع بغير اختلاف بين أصحابنا، وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه تعليق للطلاق على صفة كان وجودها ممكناً فوجب اعتبارها. وإن قدم زيد مع مضي الشهر لم تطلق لأنه لا بد من جزء يقع الطلاق فيه، فإن خالعها بعد تعليق طلاقها بيوم ثم قدم زيد بعد الخلع بشهر وساعة تبينا أن الخلع وقع صحيحاً ولم يقع الطلاق لأنه صادقها بائناً وإن قدم بعد عقد الصفة بشهر وساعة وقع الطلاق وبطل الخلع ولها الرجوع بالعوض إلا أن يكون الطلاق رجعياً. لأن الرجعية يصح خلعها، وإن كانت بحالها فمات أحدهما بعد عقد الصفة بيوم ثم قدم زيد بعد شهر وساعة من حين عقد الصفة لم يرث أحدهما الآخر لأنا تبينا أن الطلاق كان قد وقع قبل موت الميت منهما فلم يرثه صاحبه إلا أن يكون الطلاق رجعياً فإنه لا يقطع التوارث ما دامت في العدة فإن قدم بعد الموت بشهر وساعة تبينا أن الفرقة وقعت بالموت ولم يقع بالطلاق، فإن قال أنت طالق قبل موتي بشهر فمات أحدهما قبل مضي شهر لم يقع طلاق لأن الطلاق لا يقع في الماضي وإن مات بعد عقد اليمين بشهر وساعة تبينا وقوع الطلاق في تلك الساعة ولم يتوارثا إلا أن يكون الطلاق رجعياً ويموت في عدتها وإن قال أنت طالق قبل موتي ولم يزد شيئاً طلقت في الحال لأن ما قبل موته من حين عقد الصفة محل للطلاق فوقع في أوله وإن قال قبل موتك أو موت زيد فكذلك، وإن قال أنت طالق قبل قدوم زيد أو قبل دخولك الدار، فقال القاضي تطلق في الحال سواء قدم زيد أو لم يقدم بدليل قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ آمِنُوا بِمَا نَزَّلْنَا مُصَدِّقاً لِمَا مَعَكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ نَطْمِسَ وُجُوهاً فَنَرُدَّهَا عَلَى أَدْبَارِهَا﴾ [النساء: ٤٧] ولم يوجد الطمس في المأمورين ولو قال لغلامه اسقني قبل أن أضربك فسقاه في الحال عد ممتثلاً وإن لم يضربه، ولو قال أنت طالق قبيل موتي أو قبيل قدوم زيد لم يقع في الحال وإنما يقع ذلك في الجزء الذي يلي الموت لأن ذلك تصغير يقتضي الجزء اليسير الذي يبقى، وإن قال أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر، فقال القاضي: تتعلق الصفة بأولهما موتاً لأن اعتباره بالثاني يفضي إلى وقوعه بعد موت الأول واعتباره بالأول لا يفضي إلى ذلك فكان أولى.

مسألة: قال: (وإذا قال لها إذا طلقتك فأنت طالق لزمه اثنتان إذا كانت مدخولاً بها وإن كانت غير مدخول بها لزمته واحدة)

وجملة ذلك: أنه إذا قال لمدخول بها إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق وقعت واحدة بالمباشرة وأخرى بالصفة لأنه جعل تطليقها شرطاً لوقوع طلاقها فإذا وجد الشرط وقع الطلاق، وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى ولم تقع الثانية لأنها لا عدة عليها ولا تمكن رجعتها فلا يقع طلاقها إلا بائناً فلا يقع الطلاق ببائن.

فصل: فإن قال عنيت بقولي هذا أنك تكونين طالقاً بما أوقعته عليك ولم أرد إيقاع طلاق سوى ما باشرتك به دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين. **أحدهما**: لا يقبل وهو مذهب الشافعي لأنه خلاف الظاهر إذ الظاهر أن هذا تعليق للطلاق بشرط الطلاق ولأن إخباره إياها بوقوع طلاقه بها لا فائدة فيه. **والوجه الثاني**: يقبل قوله لأنه يحتمل ما قاله فقبل كما لو قال لها أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثاني التأكيد أو إفهامها.

فصل: فإن قال إذا طلقتك فأنت طالق ثم علق طلاقها بشرط مثل قوله إن خرجت فأنت طالق فخرجت طلقت بخروجها ثم طلقت بالصفة أخرى لأنه قد طلقها بعد عقد الصفة ولو قال أولاً إن خرجت فأنت طالق ثم قال إن طلقتك فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج ولم تطلق بتعليق الطلاق بطلاقها لأنه لم يطلقها بعد ذلك ولم يحدث عليها طلاقاً لأن إيقاعه الطلاق بالخروج كان قبل تعليقه الطلاق بتطليقها فلم توجد الصفة فلم يقع وإن قال إن خرجت فأنت طالق ثم قال إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها إن كانت مدخولاً بها.

فصل: وإن قال لها كلما طلقتك فأنت طالق فهذا حرف يقتضي التكرار فإذا قال لها بعد ذلك أنت طالق وقع بها طلقتان إحداهما بالمباشرة والأخرى بالصفة ولا تقع ثالثة لأن الثانية لم تقع بإيقاعه بعد عقد الصفة لأن قوله كلما طلقتك يقتضي كلما أوقعت عليك الطلاق وهذا يقتضي تجديد إيقاع طلاق بعد هذا القول وإنما وقعت الثانية بهذا القول، وإن قال لها بعد عقد الصفة إن خرجت فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج طلقة وبالصفة أخرى لأنه قد طلقها ولم تقع الثالثة وإن قال لها: كلما أوقعت عليك طلاقاً فأنت طالق فهو بمنزلة قوله كلما طلقتك فأنت طالق، وذكر القاضي في هذه أنه إذا وقع عليها طلاقه بصفة عقدها بعد قوله إذا أوقعت عليك طلاقاً فأنت طالق لم تطلق لأن ذلك ليس بإيقاع منه. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وفيه نظر فإنه قد أوقع الطلاق عليها بشرط فإذا وجد الشرط فهو الموقع للطلاق عليها فلا فرق بين هذا وبين قوله إذا طلقتك فأنت طالق وإن قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم وقعت عليها طلقة بالمباشرة أو بصفة عقدها قبل ذلك أو بعده طلقت ثلاثاً، فلو قال لها إن خرجت فأنت طالق ثم قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم خرجت وقعت عليها طلقة بالخروج ثم وقعت الثانية بوقوع الأولى ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية لأن كلما تقتضي التكرار وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق فكيفما وقع يقتضي وقوع أخرى ولو قال لها إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم قال أنت طالق طلقت ثلاثاً واحدة بالمباشرة

واثنتين بالصفتين لأن تطليقه لها يشتمل على الصفتين هو تطليق منه وهو وقوع طلاقه، ولأنه إذا قال أنت طالق طلقت بالمباشرة واحدة فتطلق الثانية بكونه طلقها وذلك طلاق منه واقع عليها فتطلق به الثالثة وهذا كله في المدخول بها فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا واحدة في جميع هذا، وهذا كله مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً.

فصل: فإن قال كلما طلقتك طلاقاً أملك فيه رجعتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق طلقتين اثنتين. **إحداهما**: بالمباشرة. **والأخرى**: بالصفة إلا أن تكون الطلقة بعوض أو غير مدخول بها فلا تقع بها ثانية لأنها تبين بالطلقة التي باشرها بها فلا يملك رجعتها فإن طلقها اثنتين طلقت الثالثة، وقال أبو بكر: قيل تطلق وقيل لا تطلق واختياري أنها تطلق، وقال أصحاب الشافعي لا تطلق الثالثة لأنا لو أوقعناها لم يملك الرجعة ولم يوجد شرط طلاقها فيفضي ذلك إلى الدور فبقطعه يمنع وقوعه.

ولنا: إنه طلاق لم يكمل به العدد بغير عوض في مدخول بها فيقع بها التي بعدها كالأولى فامتناع الرجعة ها هنا لعجزه عنها لا لعدم الملك كما لو طلقها واحدة وأغمي عليه عقيبها فإن الثانية تقع، وإن امتنعت الرجعة لعجزه عنها، وإن كان الطلاق بعوض أو في غير مدخول بها لم يقع بها إلا الطلقة التي باشرها بها لأنه لا يملك رجعتها، وإن قال كلما وقع عليك طلاق أملك فيه رجعتك فأنت طالق ثم وقع عليها طلقة بمباشرة أو صفة طلقت ثلاثاً وعندهم لا تطلق لما ذكرناه في التي قبلها ولو قال لامرأته إذا طلقتك طلاقاً أملك فيه الرجعة فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها طلقت ثلاثاً، وقال المزني لا تطلق وهو قياس قول أصحاب الشافعي لما تقدم.

فصل: وإن قال لزوجته إذا طلقتك أو إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً فلا نص فيها، وقال القاضي تطلق ثلاثاً واحدة بالمباشرة واثنتان من المعلق وهو قياس قول الشافعي وقول بعض أصحابه، وقال ابن عقيل تطلق واحدة بالمباشرة ويلغو المعلق لأنه طلاق في زمن ماض فلا يتصور وقوع الطلاق فيه وهو قياس نص أحمد وأبي بكر في أن الطلاق لا يقع في زمن ماض وبه قال أبو العباس ابن القاضي من أصحاب الشافعي، وقال أبو العباس بن سريج وبعض الشافعية لا تطلق أبداً لأن وقوع الواحدة يقتضي وقوع ثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فإثباتها يؤدي إلى نفيها فلا تثبت، ولأن إيقاعها يفضي إلى الدور لأنها إذا وقعت وقع قبلها ثلاث فيمتنع وقوعها وما أفضى إلى الدور وجب قطعه من أصله.

ولنا: إنه طلاق من مكلف مختار في محل لنكاح صحيح فيجب أن يقع كما لو لم يعقد هذه الصفة ولأن عمومات النصوص تقتضي عموم وقوع الطلاق مثل قوله سبحانه: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وقوله سبحانه: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وكذلك سائر النصوص، ولأن الله تعالى شرع الطلاق لمصلحة تتعلق به وما ذكروه يمنعه بالكلية ويبطل شرعيته فتفوت مصلحته فلا يجوز ذلك بمجرد الرأي والتحكم وما ذكروه غير مسلم فإنا إن قلنا لا يقع الطلاق المعلق فله وجه لأنه

أوقعه في زمن ماض ولا يمكن وقوعه في الماضي فلم يقع كما لو قال: أنت طالق قبل قدوم زيد بيوم فقدم في اليوم ولأنه جعل الطلقة الواقعة شرطاً لوقوع الثلاث، ولا يوجد المشروط قبل شرطه فعلى هذا لا يمتنع وقوع الطلقة المباشرة ولا يفضي إلى دور ولا غيره، وإن قلنا بوقوع الثلاث فوجهه أنه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال أنت طالق طلقة لا تنقص عدد طلاقك أو لا تلزمك أو قال للآيسة أنت طالق للسنة أو قال للبدعة وبيان استحالته أن تعليقه بالشرط يقتضي وقوعه بعده لأن الشرط يتقدم مشروطه ولذلك لو أطلق لوقع بعده وتعقيبه بالفاء في قوله فأنت طالق يقتضي كونه عقيبه وكون الطلاق المعلق بعده قبله محال فلا يصح الوصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال إذا طلقتك فأنت طالق ثلاثاً لا تلزمك ثم يبطل ما ذكروه بقوله إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم وجد ما يفسخ نكاحها من رضاع أو ردة أو وطء أمها أو ابنتها بشبهة فإنه يرد عليه ما ذكروه ولا خلاف في انفساخ النكاح. قال القاضي ما ذكروه ذريعة إلى أن لا يقع عليها الطلاق جملة، وإن قال أنت طالق ثلاثاً قبيل وقوع طلاقي بك واحدة أو قال أنت طالق اليوم ثلاثاً إن طلقتك غداً واحدة فالكلام عليها من وجه آخر وهو وارد على المسألتين جميعاً وذلك أن الطلقة الموقعة يقتضي وقوعها وقوع ما لا يتصور وقوعها معه فيجب أن يقضى بوقوع الطلقة الموقعة دون ما تعلق بها لأن ما تعلق بها تابع ولا يجوز إبطال المتبوع لامتناع حصول التبع فيبطل التابع وحده كما لو قال في مرضه إذا أعتقت سالماً فغانم حر ولم يخرج من ثلثه إلا أحدهما فإن سالماً يعتق وحده ولا يقرع بينهما لأن ذلك ربما أدى إلى عتق المشروط دون الشرط وذلك غير جائز ولا فرق بين أن يقول فغانم حر قبله أو معه أو بعده أو تطلق كذا ها هنا.

فصل: اختلف أصحابنا في الحلف بالطلاق فقال القاضي في الجامع وأبو الخطاب هو تعليقه على شرط أي شرط كان إلا قوله إذا شئت فأنت طالق ونحوه فإنه تمليك وإذا حضت فأنت طالق فإنه طلاق بدعة، وإذا طهرت فأنت طالق فإنه طلاق سنة وهذا قول أبي حنيفة لأن ذلك يسمى حلفاً عرفاً فيتعلق الحكم به كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ولأن في الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب فأشبه قوله والله وبالله وتالله: وقال القاضي في المجرد هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على الفعل أو المنع منه كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق، وإن لم تدخلي فأنت طالق أو على تصديق خبره مثل قوله أنت طالق لقد قدم زيد أو لم يقدم فأما التعليق على غير ذلك كقوله أنت طالق إن طلعت الشمس أو قدم الحاج أو إن لم يقدم السلطان فهو شرط محض ليس بحلف لأن حقيقة الحلف القسم وإنما سمي تعليق الطلاق على شرط حلفاً تجوزاً لمشاركته الحلف في المعنى المشهور وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر نحو قوله والله لأفعلن أو لا أفعل أو لقد فعلت وما لم يوجد فيه هذا المعنى لا يصح تسميته حلفاً وهذا مذهب الشافعي. فإذا قال لزوجته إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال إذا طلعت الشمس فأنت طالق لم تطلق في الحال على القول الثاني لأنه ليس بحلف. وتطلق على الأول لأنه حلف، وإن قال كلما كلمت أباك فأنت طالق طلقت على القولين جميعاً لأنه علق طلاقها

على شرط يمكن فعله وتركه فكان حلفاً كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق وإن قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد ذلك طلقت واحدة كلما أعاده مرة طلقت حتى تكمل الثلاث لأن كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلقة أخرى، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي، وقال أبو ثور ليس ذلك بحلف ولا يقع الطلاق بتكراره لأنه تكرار للكلام فيكون تأكيداً لا حلفاً.

ولنا: إنه تعليق للطلاق على شرط يمكن فعله وتركه فكان حلفاً كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق وقوله إنه تكرار للكلام حجة عليه فإن تكرار الشيء عبارة عن وجوده مرة أخرى فإذا كان في الأول حلفاً فوجد مرة أخرى فقد وجد الحلف مرة أخرى، وأما التأكيد فإنما يحمل عليه الكلام المكرر إذا قصده وها هنا إن قصد إفهامها لم يقع بالثاني شيء كما لو قال أنت طالق أنت طالق يعني بالثانية إفهامها فأما إن كرر ذلك لغير مدخول بها بانت بطلقة ولم يقع أكثر منها فإذا قال لها ذلك ثلاثاً بانت بالمرة الثانية ولم تطلق بالثالثة فإن جدد نكاحها ثم أعاد ذلك لها أو قال لها إن تكلمت فأنت طالق أو نحو ذلك لم تطلق بذلك لأن شرط طلاقها إنما كان بعد بينونتها.

فصل: وإن قال لامرأتيه كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان ثم أعاد ذلك ثلاثاً طلقت كل واحدة منهما ثلاثاً لما ذكرنا فإن كانت إحداهما غير مدخول بها بانت بالمرة الثانية فإذا أعاده مرة ثالثة لم تطلق واحدة منهما لأن غير المدخول بها بائن فلم تكن إعادة هذا القول حلفاً بطلاقها وهي غير زوجته فلم يوجد الشرط فإن شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما جميعاً فإن جدد النكاح البائن ثم قال لها إن تكلمت فأنت طالق فقد قيل يطلقان حينئذ لأنه صار بهذا حالفاً بطلاقها وقد حلف بطلاق المدخول بها بإعادة قوله في المرة الثالثة فطلقتا حينئذ ويقوى عندي أنه لا يقع الطلاق بهذه التي جدد نكاحها لأنها حين اعادته المرة الثالثة بائن فلم تنعقد الصفة بالإضافة إليها كما لو قال لأجنبية إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم تزوجها وحلف بطلاقها ولكن تطلق المدخول بها حينئذ لأنه قد حلف بطلاقها في المرة الثالثة وحلف بطلاق هذه حينئذ فكمل شرط طلاقها فطلقت وحدها.

فصل: فإن كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ثم أعاده لم تطلق واحدة منهما لأن هذا حلف بطلاق عمرة وحدها فلم يوجد الحلف بطلاقهما وإن قال بعد ذلك إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طلقت عمرة لأنه حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها على الحلف بطلاقهما ولم تطلق حفصة لأنه ما حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها عليه، فإن قال بعد هذا إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق لم تطلق واحدة منهما لأنه لم يحلف بطلاقهما إنما حلف بطلاق عمرة وحدها فإن قال بعد هذا إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طلقت حفصة وعلى هذا القياس.

فصل: وإن قال لإحدهما: إنحلفت بطلاقك فضرتك طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك طلقت الثانية لأن إعادته للثانية هو حلف بطلاق الأولى وذلك شرط وقوع طلاق الثانية ثم إن أعاد للأولى طلقت ثم كلما أعاده على هذا الوجه لامرأة طلقت حتى يكمل للثانية ثلاث ثم إذا أعاده للأولى لم تطلق لأن الثانية قد بانت منه فلم يكن ذلك حلفاً بطلاقها، ولو قال هذا القول لامرأة ثم أعاده لها لم تطلق به واحدة منها لأن ذلك ليس بحلف بطلاقها إنما هو حلف بطلاق ضرتها ولم يعلق على ذلك طلاقاً، وإن قال للأولى إن حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك طلقت الأولى لأن قوله للثانية حلف بطلاقها وشرط لوقوع الطلاق بالأولى ثم إن أعاده للأولى طلقت الثانية ثم كلما أعاده لامرأة منهما على هذا الوجه طلقت الأخرى، فإن كانت إحداهما غير مدخول بها فطلقت مرة بانت ولم تطلق صاحبتها بإعادة ذلك لها لأنه ليس بحلف بطلاقها لكونها بائناً فهي كسائر الأجنبيات، وإن قال لإحداهما إذا حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك لم تطلق واحدة منهما، ثم إن أعاد ذلك لإحداهما طلقت الأخرى ثم إن أعاده للأخرى طلقت صاحبتها ثم كلما أعاده لامرأة طلقت الأخرى إلا أن تكون إحداهما غير مدخول بها أو لم يبق من طلاقها إلا دون الثلاث فإنها إذا بانت صارت كالأجنبية، ولو قال ذلك لامرأته ابتداء ثم أعاده لها طلقت ضرتها بكل إعادة مرة حتى تكمل الثلاث وإن قال لامرأة إذا حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق ثم قال للأخرى إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق طلقت في الحال، ثم إن قال للأولى مثل ما قال لها أو قال للثانية مثل ما قال لها طلقت الثانية وكذلك الثالثة ولا يقع بالأولى بهذا طلاق لأن الحلف في الموضعين إنما هو بطلاق الثانية.

ولو قال للأولى إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال للثانية إن حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق طلقت الأولى ثم متى أعاد أحد هذين الشرطين مرة أخرى طلقت الأولى مرة ثانية وكذلك الثالثة ولا يقع بالثانية بهذا طلاق، ولو قال لإحداهما إذا حلفت بطلاقك فضرتك طالق ثم قال للأخرى إذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق لم تطلق واحدة منهما لأنه في الموضعين علق طلاق الثانية على الحلف بطلاق الأولى ولم يحلف بطلاقها ولو أعاد ذلك لهما لم يقع طلاق بواحدة منهما وسواء تقدم القول للثانية على القول للأولى أو تأخر عنه.

فصل: وإن كان له ثلاث نسوة فقال إن حلفت بطلاق زينب فعمرة طالق ثم قال إن حلفت بطلاق عمرة فحفصة طالق ثم قال إن حلفت بطلاق حفصة فزينب طالق طلقت عمرة. وإن جعل مكان زينب عمرة طلقت حفصة ثم متى أعاده بعد ذلك طلقت منهن واحدة على الوجه الذي ذكرناه وإن قال إن حلفت بطلاق زينب فنسائي طوالق ثم قال إن حلفت بطلاق عمرة فنسائي طوالق ثم قال إن حلفت بطلاق حفصة فنسائي طوالق طلقت كل واحدة منهن طلقتين لأنه لما قال إن حلفت بطلاق عمرة فنسائي طوالق فقد حلف بطلاق زينب بعد تعليقه طلاق نسائه على الحلف بطلاقها فطلقت كل واحدة منهن طلقة، ولما قال إن حلفت بطلاق حفصة فنسائي طوالق فقد حلف بطلاق عمرة وزينب فطلقت كل واحدة منهن طلقة

بحلفه بطلاق عمرة ولم يقع بحلفه بطلاق زينب شيء لأنه قد حنث به مرة فلا يحنث ثانية، ولو كان مكان قوله إن كلما طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً لأن كلما تقتضي التكرار.

ولو قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك مرة ثانية طلقن ثلاثاً ثلاثاً لأنه بإعادته حالف بطلاق كل واحدة منهن وحلفه بطلاق كل واحدة شرط لطلاقهن جميعاً، وإن قال إن حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة منهن طلقة لأن إن لا تقتضي التكرار، وإن قال بعد ذلك لإحداهن إن قمت فأنت طالق طلقت كل واحدة منهن طلقة أخرى، ولو قال كلما حلفت بطلاقكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة طلقة، وإن قال بعد ذلك لإحداهن إن قمت فأنت طالق لم تطلق واحدة منهن وإن قال ذلك للاثنتين الباقيتين طلق الجميع طلقة طلقة.

فصل: وإن قال لزوجته إن حلفت بعتق عبدي فأنت طالق ثم قال إن حلفت بطلاقك فعبدي حر طلقت ثم إن قال لعبده إن حلفت بعتقك فامرأتي طالق عتق العبد وإن قال له إن حلفت بطلاق امرأتي فأنت حر ثم قال لها إن حلفت بعتق عبدي فأنت طالق عتق العبد ولو قال لعبده إن حلفت بعتقك فأنت حر ثم أعاد ذلك عتق العبد.

فصل: وقد استعمل الطلاق والعتاق استعمال القسم جواباً له فإذا قال أنت طالق لأقومن وقام لم تطلق زوجته فإن لم يقم في الوقت الذي عينه حنث، هذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والزهري وسعيد بن جبير والشعبي والثوري وأصحاب الرأي وقال شريح يقع طلاقه وإن قام لأنه طلق طلاقاً غير معلق بشرط فوقع كما لو لم يقم.

ولنا: إنه حلف بر فيه فلم يحنث كما لو حلف بالله تعالى وإن قال أنت طالق إن أخاك لعاقل وكان أخوك عاقلاً لم يحنث وإن لم يكن عاقلاً حنث كما لو قال والله إن أخاك لعاقل وإن شك في عقله لم يقع الطلاق لأن الأصل بقاء النكاح فلا يزول بالشك، وإن قال أنت طالق لا أكلت هذا الرغيف فأكله حنث وإلا فلا وإن قال أنت طالق ما أكلته وكان صادقاً لم يحنث وإن كان كاذباً حنث كما لو قال والله ما أكلته وإن قال أنت طالق لولا أبوك لطلقتك وكان صادقاً لم تطلق وإن كان كاذباً طلقت ولو قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال أنت طالق لأكرمنك طلقت في الحال، ولو قال إن حلفت بعتق عبدي فأنت طالق ثم قال عبدي حر لأقومن طلقت المرأة وإن قال إن حلفت بطلاق امرأتي فعبدي حر ثم قال أنت طالق لقد صمت أمس عتق العبد.

فصل: وإن قال إن طلقت حفصة فعمرة طالق ثم قال إن طلقت عمرة فحفصة طالق ثم طلق حفصة طلقتا معاً حفصة بالمباشرة وعمرة بالصفة ولم تزد كل واحدة منهما على طلقة وإن بدأ بطلاق عمرة طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة لأنه إذا طلق حفصة طلقت عمرة بالصفة لكونه علق طلاقها على طلاق حفصة ولم يعد على حفصة طلاق آخر لأنه ما أحدث في عمرة طلاقاً إنما طلقت بالصفة السابقة على تعليقه طلاقها، وإن بدأ بطلاق عمرة طلقت حفصة لكون طلاقها معلقاً على طلاق عمرة ووقوع الطلاق بها تطليق منه لها لأنه أحدث فيها

طلاقاً بتعليقه طلاقها على تطليق عمرة بعد قوله إن طلقت حفصة فعمرة طالق ومتى وجد التعليق والوقوع معاً فهو تطليق، فإن وجدا معاً بعد تعليق الطلاق بطلاقها وقع الطلاق المعلق بطلاقها وطلاق عمرة ها هنا معلق بطلاقها فوجب القول بوقوعه ولو قال لعمرة كلما طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة: كلما طلقت عمرة فأنت طالق ثم قال لعمرة أنت طالق طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة، وإن طلق حفصة ابتداء لم يقع بكل واحدة منهما إلا طلقة لأن هذه المسألة كالتي قبلها سواء فإنه بدأ بتعليق طلاق عمرة على تطليق حفصة ثم ثنى بتعليق طلاق حفصة على تطليق عمرة، ولو قال لعمرة إن طلقتك فحفصة طالق ثم قال لحفصة إن طلقتك فعمرة طالق ثم طلق حفصة طلقت طلقتين وطلقت عمرة طلقة ؤوإن طلق عمرة طلقت كل واحدة منهما طلقة لأنها عكس التي قبلها، ذكر هاتين المسألتين القاضي في المجر، ولو قالا لإحدى زوجتيه كلما طلقت ضرتك فأنت طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك ثم طلق الأولى طلقت طلقتين وطلقت الثانية طلقة، وإن طلق الثانية طلقت [1] طلقتين وطلقت الأولى طلقة، وإن قال كلما طلقتك فضرتك طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك ثم طلق الأولى طلقت كل واحدة منهما طلقة طلقة وإن طلق الثانية طلقت طلقتين وطلقت الأولى طلقة وتعليل ذلك على ماذكرنا في المسألة الأولى.

فصل: وإن كان له ثلاث نسوة، فقال إن طلقت زينب فعمرة طالق وإن طلقت عمرة فحفصة طالق وإن طلقت حفصة فزينب طالق ثم طلق زينب طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لأنه ما أحدث في عمرة طلاقاً بعد تعليق طلاق حفصة بتطليقهاوإنماطلقت بالصفة السابقة على ذلك فيكون وقوعاً للطلاق وليس بتطليق وإن طلق عمرة طلقت حفصة ولم تطلق زينب لذلك وإن طلق حفصة طلقت زينب ثم طلقت عمرة فيقع الطلاق بالثلاث لأنه أحدث في زينب طلاقاً بعد تعليقه طلاق عمرة بطلاقها فإنه علق طلاقها بعد ذلك على تطليق حفصة ثم طلق حفصة والتعليق مع تحقق شرطه تطليق وقد وجد التعليق وشرطه معاً بعد تعليقه طلاق عمرة بتطليقها فكان وقوع الطلاق بزينب تطليقاً فطلقت به عمرة بخلاف غيرها، وإن قال لزينب إن طلقت عمرة فأنت طالق، ثم قال لعمرة إن طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة إنطلقت زينب فأنت طالق ثم طلق زينب طلقت الثلاث زينب بالمباشرة وحفصة بالصفة ووقوع الطلاق بحفصة تطليق لها وتطليقها شرط طلاق عمرة فتطلق به أيضاً، والدليل على أنه تطليق لحفصة أنه أحدث فيها طلاقاً بتعليقه طلاقها على تطليق زينب بعد تعليق طلاق عمرة بتطليقها وتحقق شرطه والتعليق مع شرطه تطليق وقد وجدا معاً بعد جعل تطليقها صفة لطلاق عمرة، وإن طلق عمرة طلقت هي وزينب ولم تطلق حفصة وإن طلق حفصة طلقت هي وعمرة ولم تطلق زينب لما ذكرنا في المسألة التي قبلها وإن قال لزينب إن طلقتك فضرتاك طالقتان ثم قال لعمرة مثل ذلك ثم قال لحفصة مثل ذلك ثم طلق زينب طلقت كل واحدة

(١) في نسخة طلقت كل واحدة منهما طلقة.

منهن طلقة واحدة لأنه لم يحدث في غير زينب طلاقاً إنما طلقتا بالصفة السابقة على تعليق الطلاق بتطليقهما وإن طلق عمرة طلقت زينب طلقة وطلقت عمرة وحفصة كل واحدة منهما طلقتين لأن عمرة طلقت واحدة بالمباشرة وطلقت زينب وحفصةبطلاقها واحدة واحدة وطلاق زينب تطليق لها لأنه وقع بها بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقهما بتطليقها فعاد على عمرة وحفصة بذلك طلقتان ولم يعد على زينب بطلاقهما طلاق لما تقدم، وإن طلق حفصة طلقت ثلاثاً لأنها طلقت واحدة بالمباشرة فطلقت بها ضرتاها ووقوع الطلاق بكل واحدة منهما تطليق لأنه بصفة أحدثها فيهما بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من طلاق كل واحدة منهما طلقة فكمل لها ثلاث وطلقت عمرة طلقتين واحدة بتطليق حفصة وأخرى بوقوع الطلاق على زينب لأنه تطليق لزينب لما ذكرناه، وطلقت زينب واحدة لأن طلاق ضرتيها بالصفة ليس بتطليق في حقها، وإن قال لكل واحدة منهن كلما طلقت إحدى ضرتيك فأنت طالق ثم طلق الأولى طلقت ثلاثاً وطلقت الثانية طلقتين والثالثة طلقة واحدة لأن تطليقه للأولى شرط لطلاق ضرتيها ووقوع الطلاق بهما تطليق بالنسبة إليهما لكونه واقعاً بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من تطليق كل واحدة منهما طلقة فكمل لها الثلاث وعاد على الثانية من طلاق الثالثة طلقة ثانية لذلك ولم يعد على الثالثة من طلاقهما الواقع بالصفة شيء لأنه ليس بتطليق في حقها، وإن طلق الثانيةطلقت أيضاً طلقتين وطلقت الأولى ثلاثاً والثالثة طلقة وإن طلق الثالثة طلقت الأولى طلقتين وطلقت كل واحدة من الباقيتين طلقة طلقة.

فصل: ولو قال لامرأته إن طلقتك فعبدي حر ثم قال لعبده إن قمت فامرأتي طالق فقام طلقت المرأة وعتق العبد، ولو قال لعبده إن قمت فامرأتي طالق ثم قال لامرأته إن طلقتك فعبدي حر فقام العبد طلقت المرأة ولم يعتق العبد لأن وقوع الطلاق بالصفة إنما يكون تطليقاً مع وجود الصفة ففي الصورة الأولى وجدت الصفة والوقوع بعد قوله إن طلقتك فعبدي حر، وفي الصورة الأخرى لم يوجد بعد ذلك إلا الوقوع وحده فكانت الصفة سابقة فلذلك لم يعتق العبد، ولو قال لعبده إن أعتقتك فامرأتي طالق ثم قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فعبد حر ثم قال لعبده إن لم أضربك فامرأتي طالق عتق العبد وطلقت المرأة.

فصل: ومتى علق الطلاق على صفات فاجتمعن في شيء واحد وقع بكل صفة ما علق عليها كما لو وجدت مفترقة وكذلك العتاق فلو قال لامرأته إن كلمت رجلاً فأنت طالق وإن كلمت طويلاً فأنت طالق وإن كلمت أسود فأنت طالق فكلمت رجلا أسود طويلاً طلقت ثلاثا، وإن قال إن ولدت بنتاً فأنت طالق وإن ولدت سوداء فأنت طالق وإن ولدت ولداً فأنت طالق فولدت بنتاً سوداء طلقت ثلاثاً، وإن قال إن أكلت رمانة فأنت طالق، وإن أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت اثنتين، وإن قال كلما أكلت رمانة فأنت طالق وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت ثلاثاً لأن كلما تقتضي التكرار وفي الرمانة نصفان فتطلق بأكلهما طلقتين وبأكل الرمانة طلقة فإن نوى بقوله نصف رمانة نصفاً مفرداً عن الرمانة

المشروطة أو كانت مع الكلام قرينة تقتضي ذلك لم يحنث حتى تأكل ما نوى تعليق الطلاق به لأن مبنى الإيمان على النية.

فصل: فإن قال إن دخل الدار رجل فعبد من عبيدي حر وإن دخلها طويل فعبدان حران، وإن دخلها أسود فثلاثة أعبد أحرار وإن دخلها فقيه فأربعة أعبد أحرار فدخلها فقيه طويل أسود عتق من عبيده عشرة، وإن كان له أربع نسوة فقال إن طلقت امرأة منكن فعبد من عبيدي حر، وإن طلقت اثنتين فعبدان حران، وإن طلقت ثلاثة فثلاثة أحرار، وإن طلقت أربعاً فأربعة أحرار ثم طلق الأربع مجتمعات أو متفرقات عتق من عبيده عشرة بالواحدة واحد وبالاثنتين اثنان وبالثلاث ثلاثة وبالأربع أربعة لاجتماع هذه الصفات الأربع فيهن ولو علق ذلك بلفظة كلما فقد قيل يعتق عشرة أيضاً والصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبداً لأن فيهن أربع صفات هن أربع فيعتق أربعة وهن أربعة آحاد فيعتق بذلك أربعة وفيهن ثلاث فيعتق بهن ثلاثة وإن شئت قلت يعتق بالواحدة واحد وبالثانية ثلاثة لأن فيها صفتين هي واحدة وهي مع الأولى اثنتان ويعتق بالثالثة أربعة لأنها واحدة وهي مع الأولى والثانية ثلاث، ويعتق بالرابعة سبعة لأن فيها ثلاث صفات هي واحدة وهي مع الثالثة اثنتان وهي مع الثلاث التي قبلها أربع وهذا أولى من الأول لأن ما قائله لا يعتبر صفة طلاق الواحدة في غير الأولى ولا صفة التثنية في الثالثة والرابعة ولفظ كلما يقتضي التكرار فيجب تكرار الطلاق بتكرر الصفات، وقيل يعتق سبعة عشر لأن صفة التثنية قد وجدت ثلاث مرات فإنها توجد بضم الثانية إلى الثالثة، وقيل يعتق عشرون وهو قول أبي حنيفة لأن صفة الثلاث وجدت مرة ثانية بضم الثانية والثالثة إلى الرابعة وكلا القولين غير سديد لأنهم عدوا الثانية مع الأولى في صفة التثنية مرة ثم عدوها مع الثالثة مرة أخرى وعدوا الثانية والثالثة في صفة التثليث مرتين مرة مع الأولى ومرة مع الرابعة وما عد في صفة مرة لا يجوز عده في تلك الصفة مرة أخرى ولذلك لو قال كلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة لم تطلق إلا اثنتين لأن الرمانة نصفان ولا يقال إنها تطلق ثالثة بأن يضم الربع الثاني إلى الربع الثالث فيصيران نصفاً ثالثاً وكذلك في مسألتنا لم تضم الأولى إلى الرابعة فيصيران اثنتين، وعلى سياق هذا القول ينبغي أن يعتق اثنان وثلاثون واحد بطلاق واحدة وثلاثة بطلاق الثانية وثمانية بطلاق الثالثة لأنها واحدة وهي مع ما قبلها ثلاثة وهي مع ضمها إلى الأولى اثنتان ومع ضمها إلى الثانية اثنتان ففيها صفة التثنية مرتان ويعتق بطلاق الرابعة عشرون لأن فيها ثماني صفات هي واحدة وهي مع ما قبلها أربع وفيها صفة التثليث ثلاث مرات هي مع الأولى والثانية ثلاث ومع الثانية والثالثة ثلاث ومع الأولى والثالثة ثلاث فيعتق بذلك تسعة وفيها صفة التثنية ثلاث مرات هي مع الأولى اثنتان وهي مع الثانية اثنتان وهي مع الثالثة اثنتان فيعتق بذلك ستة ويصير الجميع اثنين وثلاثين وما نعلم بهذا قائلاً وهذا مع الإطلاق.

فأما إن نوى بلفظه غير ما يقتضيه الإطلاق مثل أن ينوي بقوله اثنتين غير الواحدة فيمينه على ما نواه، ومتى لم يعين العبيد المعتقين أخرجوا بالقرعة، ولو قال كلما أعتقت عبداً من عبيدي فامرأة من نسائي طالق وكلما أعتقت اثنين فامرأتان طالقتان ثم أعتق اثنين طلق الأربع

على القول الصحيح وعلى القول الأول يطلق ثلاث ويخرجن بالقرعة، ولو قال كلما أعتقت عبداً من عبيدي فجارية من جواريّ حرة وكلما أعتقت اثنين فجاريتان حرتان وكلما أعتقت ثلاثة فثلاث أحرار وكلما أعتقت أربعة فأربع أحرار ثم أعتق أربعة عتق من جواريه بعدد ما طلق من النساء على ما ذكرناه، وإن أعتق خمساً فعلى القول الأول يعتق من جواريه ها هنا خمس عشرة وعلى القول الثاني يعتق إحدى وعشرون لأن عتق الخامس عتق به ست لكونه واحداً وهو مع ما قبله خمسة ولم يمكن عده في سائر الصفات لأن ما قبله قد عد في ذلك مرة فلا يعد ثانية.

مسألة: قال: **(وإذا قال إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم يطلقها حتى مات أو ماتت وقع الطلاق بها في آخر أوقات الإمكان)**

وجملة ذلك: أن حرف إن موضوع للشرط لا يقتضي زمناً ولا يدل عليه إلا من حيث إن الفعل المعلق به من ضرورته الزمان وما حصل ضرورة لا يتقيد بزمن معين ولا يقتضي تعجيلاً فما علق عليه كان على التراخي سواء في ذلك الإثبات والنفي. فعلى هذا إذا قال إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم يطلقها كان ذلك على التراخي ولم يحنث بتأخيره لأن كل وقت يمكن أن يفعل ما حلف عليه فلم يفت الوقت فإذا مات أحدهما علمنا حنثه حينئذ لأنه لا يمكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما فتبين أنه وقع إذ لم يبق من حياته ما يتسع لتطليقها، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً، ولو قال إن لم أطلق عمرة فحفصة طالق فأي الثلاثة مات أولاً وقع الطلاق قبل موته لأن تطليقه لحفصة على وجه تنحل به يمينه إنما يكون في حياتهم جميعاً وكذلك لو قال إن لم أعتق عبدي أو إن لم أضربه فامرأتي طالق وقع بها الطلاق في آخر جزء من حياة أولهم موتاً فأما إن عين وقتاً بلفظه أو بنيته تعين وتعلقت يمينه به.

قال أحمد رحمه الله: إذا قال إن لم أضرب فلاناً فأنت طالق ثلاثاً فهو على ما أراد من ذلك، وذلك لأن الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وإرادته فصار كالمصرح به في لفظه فإن مبنى الإيمان على النية لقول النبي ﷺ: «إنما لامرىء ما نوى».

فصل: ولا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي ويحيى الأنصاري وربيعة ومالك وأبو عبيد لا يطأ حتى يفعل لأن الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق وروى الأثرم عن أحمد مثل ذلك، وقال الأنصاري وربيعة ومالك يضرب له أجل المولى كما لو حلف أن لا يطأها.

ولنا: إنه نكاح صحيح لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم فحل له الوطء فيه كما لو قال إن طلقتك فأنت طالق. وقولهم الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق، قلنا: هذا الأصل لم يقتض وقوع الطلاق، فلم يقتض حكمه ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضر كما لو طلقها ناجزاً، وعلى أن الطلاق ها هنا إنما يقع في زمن لا يمكن الوطء بعده بخلاف قوله إن وطئتك فأنت طالق.

فصل: إذا كان المعلق طلاقاً بائناً فماتت لم يرثها لأن طلاقه أبانها منه فلم يرثها كما لو طلقها ناجزاً عند موتها، وإن مات ورثته. نص عليه أحمد في رواية أبي طالب إذا قال لزوجته:

أنت طالق ثلاثاً إن لم أتزوج عليك ومات ولم يتزوج عليها ورثته وإن ماتت لم يرثها، وذلك لأنها تطلق في آخر حياته فأشبه طلاقه لها في تلك الحال. ونحو هذا قال عطاء ويحيى الأنصاري ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً، وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن والشعبي وأبي عبيد لأنه إنما طلقها في صحته، وإنما تحقق شرط وقوعه في المرض فلم ترثه كما لو علقه على فعلها ففعلته في مرضه.

وقال أبو حنيفة: إن حلف إن لم تأت البصرة فأنت طالق فلم تفعل فإنهما لا يتوارثان. وإن قال: إن لم آت البصرة فأنت طالق فمات ورثته. وإن ماتت لم يرثها لأنه في الأولى علق الطلاق على فعلها. فإذا امتنعت منه فقد حققت شرط الطلاق فلم ترثه، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها، وإذا علقه على فعل نفسه فامتنع كان الطلاق منه فأشبه ما لو نجزه في الحال. ووجه الأول أنه طلاق في مرض موته فمنعه ميراثه ولم يمنعها كما لو طلقها ابتداء، ولأن الزوج أخر الطلاق اختياراً منه حتى وقع ما علق عليه في مرضه فصار كالمباشرة له، فأما ما ذكر عن أبي حنيفة فحسن إذا كان الفعل مما لا مشقة عليها فيه لأن تركها له كفعلها لما حلف عليها لتتركه وإن كان مما فيه مشقة فلا ينبغي أن يسقط ميراثها بتركه كما لو حلف عليها لترك ما لا بد لها من فعله ففعلته.

فصل: إذا حلف ليفعلن شيئاً ولم يعين له وقتاً بلفظه ولا بنيته فهو على التراخي أيضاً، فإن لفظه مطلق بالنسبة إلى الزمان كله فلا يتقيد بدون تقييده ولذلك لما قال الله تعالى في الساعة: ﴿قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتَأْتِيَنَّكُمْ﴾ [سبأ: ٣]. وقال: ﴿قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ ثُمَّ لَتُنَبَّؤُنَّ بِمَا عَمِلْتُمْ﴾ [التغابن: ٧] ولما قال: ﴿لَتَدْخُلُنَّ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ إِن شَآءَ ٱللَّهُ ءَامِنِينَ﴾ [الفتح: ٢٧] كان ذلك على التراخي. فإن الآية أنزلت في نوبة الحديبية في سنة ست وتأخر الفتح إلى سنة ثمان. ولذلك روي عن عمر أنه قال: «قلت للنبي ﷺ أوليس كنت تحدثنا أنا سنأتي البيت ونطوف به؟ قال: بلى، فأخبرتك أنك آتيه العام؟ قلت: لا. قال: فإنك آتيه ومطوف به» وهذا مما لا خلاف فيه نعلمه.

فصل: إذا قال لامرأته أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم ولم يطلقها طلقت إذا بقي من اليوم ما لا يتسع لتطليقها فيه على مقتضى هذه المسألة، وهذا اختيار أبي الخطاب وقول أصحاب الشافعي، وحكى القاضي فيها وجهين، هذا، ووجهاً آخر أن الطلاق لا يقع، وحكي ذلك عن أبي بكر وابن سريج لأن محل الطلاق اليوم ولا يوجد شرط طلاقها إلا بخروجه فلا يبقى من محل طلاقها ما يقع الطلاق فيه.

ولنا: إن خروج اليوم يفوت به طلاقها فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الإمكان كموت أحدهما في اليوم. وذلك لأن معنى يمينه إن فاتني طلاقك اليوم فأنت طالق فيه فإذا بقي من اليوم ما لا يتسع لتطليقها فقد فاته طلاقها فيه فوقع حينئذ كما يقع طلاقه في مسألتنا في آخر حياة أولهما موتاً وما ذكروه باطل بما لو مات أحدهما في اليوم فإن محل طلاقها يفوت بموته ومع ذلك فإن

الطلاق يقع قبيل موته كذا ها هنا، ولو قال لها: أنت طالق اليوم إن لم أتزوج عليك اليوم، أو إن لم أشتر لك اليوم ثوباً ففيه الوجهان، والصحيح منهما وقوع الطلاق بها إذا بقي من اليوم ما لا يتسع لفعل المحلوف عليه فيه، وإن قال لها: أنت طالق إن لم أطلقك اليوم طلقت بغير خلاف وفي محل وقوعه وجهان:

أحدهما: في آخر اليوم والثاني: بعد خروجه. وإن قال: أنت طالق اليوم إن لم أطلقك فهو كقوله أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم لأنه جعل عدم طلاقها شرطاً لطلاقها اليوم والشرط يتقدم المشروط.

فصل: وإن قال لعبده إن لم أبعك اليوم فامرأتي طالق اليوم ولم يبعه حتى خرج اليوم ففيه الوجهان، وإن أعتق العبد أو مات أو مات الحالف أو المرأة في اليوم طلقت زوجته حينئذ لأنه قد فات بيعه وإن دبره أو كاتبه لم تطلق امرأته لأن بيعه جائز ومن منع بيعهما قال يقع الطلاق بذلك كما لو مات، وإن وهب العبد لإنسان لم يقع الطلاق لأنه يمكن عوده إليه فيبيعه فلم يفت بيعه. ولو قال إن لم أبع عبدي فامرأتي طالق ولم يقيده باليوم فكاتب العبد لم يقع الطلاق، لأنه يمكن عجزه فلم يعلم فوات البيع فإن عتق بالكناية أو غيرها وقع الطلاق حينئذ لأنه فات بيعه.

مسألة: قال: (**وإن قال كلما لم أطلقك فأنت طالق وقع بها الثلاث في الحال إذا كان مدخولاً بها**)

إنما كان كذلك لأن كلما تقتضي التكرار قال تعالى: ﴿**كُلَّمَا جَاءَ أمة رَسُولهَا كَذَّبُوه**﴾ [المؤمنون: ٤٤] وقال: ﴿**كُلَّمَا دَخَلَتْ أُمَّةٌ لَعَنَت أُخْتَهَا**﴾ [الأعراف: ٣٨] فيقتضي تكرار الطلاق تكرار الصفة والصفة عدم تطليقه لها، فإذا مضى بعد يمينه زمن يمكن أن يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجدت الصفة فيقع طلقة وتتبعها الثانية والثالثة إن كانت مدخولاً بها، وإن لم تكن مدخولاً بها بانت بالأولى ولم يلزمها ما بعدها، لأن البائن لا يلحقها طلاق فأما إذا قال إن لم أطلقك فأنت طالق أو متى لم أطلقك أو أي وقت لم أطلقك فأنت طالق فإنها تطلق واحدة ولا يتكرر إلا على قول أبي بكر في «متى» فإنه يراها للتكرار فيتكرر الطلاق بها مثل «كلما» إلا أن «متى» و«أي» وقت يقتضيان الطلاق على الفور فمتى مضى زمن يمكن أن يطلقها فيه ولم يطلقها طلقت في الحال وأما «إذا» ففيها وجهان: **أحدهما**: هي على الفور لأنها اسم وقت فهي كمتى، **والثاني**: أنها على التراخي لأنها كثر استعمالها في الشرط فهي كإن فعلى هذا إذا قال: إذا لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً لم تطلق إلا في آخر جزء من حياة أحدهما. وإن قال متى لم أحلف بطلاقك فأنت طالق أو أي وقت لم أحلف بطلاقكما فأنت طالق وكرره ثلاثاً متواليات طلقت مرة واحدة لأنه لم يحنث في المرة الأولى ولا الثانية لكونه حلف عقيبهما وحنث في الثالثة وإن سكت بين كل يمينين سكوتا يمكنه الحلف فيه طلقت ثلاثاً وإن قال ذلك بلفظة إذا وقلنا هي على الفور فهي كمتى وإلا لم تطلق إلا واحدة في آخر حياة أحدهما.

فصـل: والحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بها ستة: إن وإذا ومتى ومن وأي وكلما، فمتى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخي مثل قوله: إن خرجت وإذا خرجت ومتى خرجت وأي حين وأي زمان وأي وقت خرجت وكلما خرجت، ومن خرجت منكن وأيتكن خرجت فهي طالق. فمتى وجد الخروج طلقت، وإن مات أحدهما سقطت اليمين. فأما إن علق الطلاق بالنفي بواحد من هذه الحروف كانت إن على التراخي، ومتى وأي ومن وكلما على الفور لأن قوله متى دخلت فأنت طالق يقتضي أي زمان دخلت فأنت طالق وذلك شائع في الزمان كله فأي زمن دخلت وجدت الصفة، وإذا قال متى لم تدخلي فأنت طالق فإذا مضى عقيب اليمين زمن لم تدخل فيه وجدت الصفة فإنها اسم لوقت الفعل فيقدر به، ولهذا يصح السؤال به فيقال متى دخلت؟ أي أي وقت دخلت وأما إن فلا تقتضي وقتاً، فقوله إن لم تدخلي لا يقتضي وقتاً إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا في وقت فهي مطلقة في الزمان كله. وأما إذا ففيها وجهان: **أحدهما**: هي على التراخي وهو قول أبي حنيفة ونصره القاضي لأنها تستعمل شرطاً بمعنى إن. قال الشاعر:

استغن ما أغناك ربك بالغنى　　　وإذا تصبك خصاصة فتجمل

فجزم بها كما يجزم بأن ولأنها تستعمل بمعنى متى وإن، وإذا احتملت الأمرين فاليقين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال. والوجه الآخر أنها على الفور وهو قول أبي يوسف ومحمد وهو المنصوص عن الشافعي لأنها اسم لزمن مستقبل فتكون كمتى، وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها فإن متى يجازى بها. ألا ترى قول الشاعر:

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره　　　تجد خير نار عندها خير موقد

ومن يجازى بها أيضاً، وكذلك أي وسائر الحروف وليس في هذه الحروف ما يقتضي التكرار إلا كلما، وذكر أبو بكر في متى أنها تقتضي التكرار أيضاً لأنها تستعمل للتكرار بدليل قوله:

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره　　　تجد خير نار عندها خير موقد

أي في كل وقت ولأنها تستعمل في الشرط والجزاء ومتى وجد الشرط يرتب عليه جزاؤه، والصحيح أنها لا تقتضيه لأنها اسم زمن بمعنى أي وقت وبمعنى إذا فلا تقتضي ما لا يقتضيانه وكونها تستعمل للتكرار في بعض أحيانها لا يمنع استعمالها في غيره مثل: إذا وأي وقت فإنهما يستعملان في الأمرين قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا رَأَيْتَ ٱلَّذِينَ يَخُوضُونَ فِي آيَاتِنَا فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [الأنعام: ٦٨]، ﴿وَإِذَا جَاءَكَ ٱلَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِنَا فَقُلْ سَلَامٌ عَلَيْكُم﴾ [الأنعام: ٥٤]، ﴿وَإِذَا لَمْ تَأْتِهِم بِآيَةٍ قَالُوا لَوْلَا ٱجْتَبَيْتَها﴾ [الأعراف: ٢٠٣] وقال الشاعر:

قوم إذا الشر أبدى ناجذيه لهم　　　ساروا إليه زرافات ووحدانا

وكذلك أي وقت وأي زمان فإنهما يستعملان للتكرار وسائر الحروف يجازى بها إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لا تحمل على التكرار إلا بدليل، كذلك متى.

فصل: وهذه الحروف إذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف في الجزاء كقوله أنت طالق إن دخلت الدار وإن تأخر جزاؤها احتاجت في الجزاء إلى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق وإنما اختصت بالفاء لأنها للتعقيب فتربط بين الجزاء وشرطه وتدل على تعقيبه به فإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق لم تطلق حتى تدخل، وبه قال بعض الشافعية. وقال محمد بن الحسن تطلق في الحال لأنه لم يعلقه بدخول الدار لأنه إنما يعلق بالفاء وهذه لا فاء فيها فيكون كلاماً مستأنفاً غير معلق بشرط فيثبت حكمه في الحال.

ولنا: إنه أتى بحرف الشرط فيدل ذلك على أنه أراد التعليق به وإنما حذف الفاء وهي مرادة كما يحذف المبتدأ تارة ويحذف الخبر أخرى لدلالة باقي الكلام على المحذوف، ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير فكأنه أراد أنت طالق إن دخلت الدار فقدم الشرط ومراده التأخير. ومهما أمكن حمل كلام العاقل على فائدة وتصحيحه عن الفساد وجب وفيما ذكرنا تصحيحه وفيما ذكروه إلغاؤه، وإن قال أردت الإيقاع في الحال وقع لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ، وإن قال أنت طالق وإن دخلت الدار وقع الطلاق في الحال لأن معناه أنت طالق في كل حال ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول النبي ﷺ «من قال لا إله إلا الله دخل الجنة وإن زنى وإن سرق» وقال: «صلهم وإن قطعوك وأعطهم وإن حرموك» وإن قال أردت الشرط دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين، فإذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق وإن دخلت الأخرى فمتى دخلت الأولى طلقت سواء دخلت الأخرى أو لم تدخل ولا تطلق بدخول الأخرى.

وقال ابن الصباغ تطلق بدخول كل واحدة منها وقد ذكرنا أن مقتضى اللغة ما قلناه، وإن قال أردت جعل الثاني شرطاً لطلاقها أيضاً طلقت بكل واحد منهما لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ، وإن قال أردت أن دخول الثانية شرط لطلاق الثانية فهو على ما أراده، وإن قال أنت طالق إن دخلت الدار وإن دخلت الأخرى طلقت بدخول إحداهما لأنه عطف شرطاً على شرط، فإن قال أردت أن دخول الثانية يمنع وقوع الطلاق قبل منه لأنه محتمل وطلقت بدخول الأولى وحدها، وإن قال إن دخلت الدار وإن دخلت هذه الأخرى فأنت طالق فقد قيل لا تطلق إلا بدخولها لأنه جعل طلاقها جزاء لهذين الشرطين ويحتمل أن تطلق بأحدهما أيهما كان لأنه ذكر شرطين بحرفين فيقتضي كل واحد منهما جزاء فترك ذكر جزاء الأول وكان الجزاء الآخر دالاً عليه كما لو قال ضربت وضربني زيد. قال الفرزدق:

ولكن نصفاً لو سببت وسبني ... بنو عبد شمس من قريش وهاشم

والتقدير سبني هؤلاء وسببتهم، وقال الله تعالى: ﴿عَنِ ٱلْيَمِينِ وَعَنِ ٱلشِّمَالِ قَعِيدٌ﴾ [ق: ١٧] أي عن اليمين قعيد وعن الشمال قعيد، وإن قال إن دخلت الدار وأنت طالق طلقت

لأن الواو ليست للجزاء وقد تكون للابتداء فإن قال أردت بها الجزاء أو قال أردت أن أجعل دخولها في حال كونها طالقاً شرطاً لشيء ثم أمسكت دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين، وإن جعل لهذا جزاء فقال إن دخلت الدار وأنت طالق فعبد حر صح ولم يعتق العبد حتى تدخل الدار وهي طالق لأن الواو ها هنا للحال كقول الله تعالى: ﴿لا تَقْتُلوا ٱلصَّيْـد وَأَنْتُم حـرم﴾ [المائدة: ٩٥] وقوله: ﴿فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنْتُمْ تَنْظُرُون﴾ [آل عمران: ١٤٣] ولو قال أنت طالق إن دخلت الدار طالقاً فدخلت وهي طالق طلقت أخرى، وإن دخلتها غير طالق لم تطلق لأن هذا حال فجرى مجرى قوله أنت طالق إن دخلت الدار راكبة، وإن قال أنت طالق لو قمت كان ذلك شرطاً بمنزلة قوله إن قمت وهذا يحكى عن أبي يوسف. ولأنها لو لم تكن للشرط كانت لغواً والأصل اعتبار كلام المكلف، وقيل يقع الطلاق في الحال، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنها بعد الإثبات تستعمل لغير المنع كقوله تعالى: ﴿وإِنَّـهُ لَقَسَمٌ لَوْ تَعْلَمُـونَ عَظِيم﴾ [الواقعة: ٧٦]، ﴿وَرَأَوا ٱلْعَذَابَ لَـوْ أَنَّهُم كَانُـوا يَهْتَدُون﴾ [القصص: ٦٤]. وإن قال أردت أن أجعل لها جواباً دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين.

فصل: فإن قال إن أكلت ولبست فأنت طالق لم تطلق إلا بوجودهما جميعاً سواء تقدم الأكل أو تأخر لأن الواو للعطف ولا تقتضي ترتيباً، وإن قال إن أكلت أو لبست فأنت طالق طلقت بوجود أحدهما لأن أو لأحد الشيئين وكذلك إن قال إن أكلت أو إن لبست أو لا أكلت ولا لبست وإن قال أنت طالق لا أكلت ولبست لم تطلق إلا بفعلها إلا على الرواية التي تقول يحنث بفعل بعض المحلوف عليه فإنه يحنث بأحدهما ها هنا، وإن قال أنت طالق إن أكلت فلبست أو إن أكلت ثم لبست لم تطلق حتى تأكل ثم تلبس لأن الفاء وثم للترتيب، وإن قال أنت طالق إن أكلت إذا لبست أو إن أكلت متى لبست أو إن أكلت إن لبست لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل لأن اللفظ اقتضى تعليق الطلاق بالأكل بعد اللبس ويسميه النحويون اعتراض الشرط فيقتضي تقديم المتأخر وتأخير المتقدم لأنه جعل الثاني في اللفظ شرطاً للذي قبله، والشرط يتقدم المشروط. قال الله تعالى: ﴿وَلا يَنْفَعُكُم نُصْحِي إِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَنْصَـح لَكُمْ إِنْ كَانَ اللَّهُ يُرِيدُ أَن يُغْوِيكُم﴾ [هود: ٣٤] فلو قال لامرأته إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتني فأنت طالق لم تطلق حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها لأنه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال فكأنه قال إن سألتني فوعدتك فأعطيتك فأنت طالق، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال القاضي إذا كان الشرط بإذا كقولنا وفيما إذا كان بإن مثل قوله إن شربت إن أكلت انها تطلق بوجودهما كيفما وجدا لأن أهل العرف لا يعرفون ما يقوله أهل العربية في هذا فتعلقت اليمين بما يعرفه أهل العرف بخلاف ما إذا كان الشرط بإذا، والصحيح الأول وليس لأهل العرف في هذا عرف فإن هذا الكلام غير متداول بينهم ولا ينطقون به إلا نادراً فيجب الرجوع فيه إلى مقتضاه عند أهل الشأن[1] كسائر مسائل هذا الفصل.

---

(١) في نسخة عند أهل السان

فصل: فإن قال أنت طالق أن قمت بفتح الهمزة فقال أبو بكر تطلق في الحال لأن أن المفتوحة ليست للشرط وإنما هي للتعليل فمعناه أنت طالق لأنك قمت أو لقيامك كقول الله تعالى: ﴿يَمُنُّونَ عَلَيْكَ أَنْ أَسْلَمُوا﴾ [الحجرات: ١٧] ﴿وَتَخِرُّ ٱلْجِبَالُ هَدًّا أَنْ دَعَوْا لِلرَّحْمَٰنِ وَلَدًا﴾ [مريم: ٩٠، ٩١] و﴿يُخْرِجُونَ ٱلرَّسُولَ وَإِيَّاكُمْ أَنْ تُؤْمِنُوا بِاللَّهِ رَبِّكُمْ﴾ [الممتحنة: ١]. وقال القاضي: قياس قول أحمد أنه إن كان نحوياً وقع طلاقه وإن لم يكن نحوياً فهي للشرط لأن العامي لا يريد بذلك إلا الشرط ولا يعرف أن مقتضاها التعليل فلا يريده فلا يثبت له حكم ما لا يعرفه ولا يريده كما لو نطق بكلمة الطلاق بلسان لا يعرفه. وحكي عن ابن حامد أنه قال في النحوي أيضاً لا يقع طلاقه بذلك إلا أن ينويه لأن الطلاق يحمل على العرف في حقهما جميعاً.

واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة أوجه: أحدهما: يقع طلاقه في الحال. والثاني: يكون شرطاً في حق العامي وتعليلاً في حق النحوي. والثالث: يقع الطلاق إلا أن لا يكون من أهل الاعراب فيقول أردت الشرط فيقبل لأنه لا يجوز صرف الكلام عما يقتضيه إلا بقصده.

وإن قال أنت طالق إذ دخلت الدار طلقت في الحال لأن إذ للماضي ويحتمل أن لا يقع لأن الطلاق لا يقع في زمن ماض فأشبه قوله أنت طالق أمس.

فصل: وإذاعلق الطلاق بشرطين لم يقع قبل وجودهما جميعاً في قول عامة أهل العلم. وخرج القاضي وجهاً في وقوعه بوجود أحدهما بناء على إحدى الروايتين فيمن حلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه. وهذا بعيد جداً يخالف الأصول ومقتضى اللغة والعرف وعامة أهل العلم، فإنه لا خلاف بينهم في المسائل التي ذكرناها في الشرطين جميعاً، وإذا اتفق العلماء على أنه لا يقع طلاقه لإخلاله بالترتيب في الشرطين المرتبين في مثل قوله إن أكلت ثم لبست فلإخلاله بالشرط كله أولى ثم يلزم على هذا ما لو قال إن أعطيتني درهمين فأنت طالق وإذا مضى شهران فأنت طالق فإنه لا خلاف في أنها لا تطلق قبل وجودهما جميعاً وكان قوله يقتضي أن يقع الطلاق بإعطاء بعض درهم ومضي بعض يوم، وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما.

وقد نص أحمد على أنه إذا قال إن حضت حيضة فأنت طالق وإذا قال إذا صمت يوماً فأنت طالق أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة وإذا غابت الشمس من اليوم الذي تصوم فيه طلقت وأما اليمين فإنه متى كان في لفظه أو نيته ما يقتضي جميع المحلوف عليه لم يحنث إلا بفعل جميعه، وفي مسألتنا ما يقتضي تعليق الطلاق بالشرطين معاً لتصريحه بهما وجعلهما شرطاً للطلاق والحكم لا يثبت بدون شرطه على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه فيقتضي المنع من فعل جميعه لنهي الشارع عن شيء يقتضي المنع من كل جزء منه كما يقتضي المنع من جملته، وما علق على شرط جعل جزاء وحكماً له والجزاء لا يوجد بدون شرطه، والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفاً وشرعاً.

فصول: في تعليق الطلاق

إذا قال لامرأته إن حضت فأنت طالق فقالت قد حضت فصدقها طلقت وإن كذبها ففيه روايتان:

إحداهما: يقبل قولها لأنها أمينة على نفسها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر المذهب، لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] قيل هو الحيض والحمل، ولولا أن قولها فيه مقبول لما حرم عليها كتمانه وصار هذا كما قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣] لما حرم كتمانها دل على قبولها كذا ها هنا، ولأنه معنى فيها لا يعرف إلا من جهتها فوجب الرجوع إلى قولها فيه كقضاء عدتها.

والرواية الثانية: لا يقبل قولها ويختبرها النساء بإدخال قطنة في الفرج في الزمان الذي ادعت الحيض فيه، فإن ظهرالدم فهي حائض وإلا فلا، قال أحمد في رواية مهنا في رجل قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق وعبدي حر قالت قد حضت ينظر إليها النساء فتعطى قطنة وتخرجها فإن خرج الدم فهي حائض تطلق ويعتق العبد، وقال أبو بكر وبهذا أقول وهذا لأن الحيض يمكن التوصل إلى معرفته من غيرها فلم يقبل فيه مجرد قولها كدخول الدار والأول المذهب ولعل أحمد إنما اعتبر البينة في هذه الرواية من أجل عتق العبد فإن قولها إنما يقبل في حق نفسها دون غيرها، وهل يعتبر يمينها إذا قلنا القول قولها؟ على وجهين بناء على ما ادعت أن زوجها طلقها فأنكرها ولا يقبل قولها إلا في حق نفسها خاصة دون غيرها من طلاق أخرى أو عتق عبد، نص عليه أحمد في رجل قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق وهذه معك لامرأته الأخرى قالت قد حضت من ساعتها أو بعد ساعة تطلق وهي لا تطلق هذه حتى تعلم لأنها مؤتمنة على نفسها ولا يجعل طلاق هذه بيدها، وهذا مذهب الشافعي وغيره لأنها مؤتمنة في حق نفسها دون غيرها. فصارت كالمودع يقبل قوله في الرد على المودع دون غيره. ولو قال قد حضت فأنكرته طلقت بإقراره، وإن قال إن حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت فصدقها طلقتا بإقراره، وإن كذبها طلقت وحدها، وإن ادعت الضرة أنها حاضت لم يقبل لأن معرفتها بحيض غيرها كمعرفة الزوج به وإنما ائتمنت على نفسها في حيضها، وإن قال قد حضت فأنكرت طلقتا بإقراره، ولو قال لامرأتيه إن حضتما فأنتما طالقتان فقالتا قد حضنا فصدقهما طلقتا وإن كذبهما لم تطلق واحدة لأن طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض ضرتها ولا يقبل قول ضرتها عليها فلم يوجد الشرطان، وإن صدق إحداهما وكذب الأخرى طلقت المكذبة وحدها لأن قولها مقبول في حقها وقد صدق الزوج ضرتها فوجد الشرطان في طلاقها ولم تطلق المصدقة لأن قول ضرتها غير مقبول في حقها وما صدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها.

فصل: فإن قال لأربع إن حضتن فأنتن طوالق فقلن قد حضنا فصدقهن طلقن وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن لأن شرط طلاقهن حيض الأربع ولم يوجد، وإن صدق واحدة أو

اثنتين لم تطلق واحدة منهن لأنه لم يوجد الشرط، وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة وحدها لأن قولها مقبول في حيضها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد حيض الأربع في حقها فطلقت ولا يطلق المصدقات لأن قول المكذبة غير مقبول في حقهن.

فصل: وإن قال لهن كلما حاضت إحداكن أو أيتكن حاضت فضراتها طوالق فقلن قد حضنا فصدقهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً ثلاثاً، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن، وإن صدق واحدة طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة ولم تطلق هي لأنه لم يثبت حيض ضرة لها وإن صدق اثنتين طلقت كل واحدة من المصدقين طلقة طلقة لأن لكل واحدة منهما ضرة مصدقة وطلقت كل واحدة من المكذبتين طلقتين طلقتين وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة ثلاثاً وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين طلقتين.

فصل: وإذا قال لطاهر إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم في وقت يمكن أن يكون حيضاً حكمنا بوقوع الطلاق كما يحكم بكونه حيضاً في المنع من الصلاة وغيرها مما يمنع من الحيض، وإن بان أنه ليس بحيض لانقطاعه لدون أقل الحيض بان أن الطلاق لم يقع وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي. قال ابن المنذر لا نعلم أحداً قال غير ذلك إلا مالكاً فإن ابن القاسم روى عنه أنه يحنث حين تكلم به وقد سبق الكلام معه في هذا. وإن قال لحائض إذا حضت فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ولو قال لطاهر إذا تطهرت فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر وهذا يحكى عن أبي يوسف.

وقال بعض أصحاب الشافعي الذي يقتضيه مذهب الشافعي أنها تطلق بما يتجدد من حيضها وطهرها في المسألتين لأنه قد وجد منها الحيض والطهر فوقع الطلاق لوجود صفته.

ولنا: إن إذا اسم زمن مستقبل يقتضي فعلاً مستقبلاً وهذا الحيض والطهر مستدام غير متجدد ولايفهم من إطلاق حاضت المرأة وطهرت إلا ابتداء ذلك فتعلقت الصفة به، ولو قال لطاهر إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر نص عليه أحمد. لأنه لا توجد حيضة كاملة إلا بذلك، ولو قال لحائض إذا طهرت فأنت طالق طلقت بأول الطهر وتطلق في الوضعين بانقطاع دم الحيض قبل الغسل. نص عليه أحمد في رواية إبراهيم الحربي، وذكر أبو بكر في التنبيه فيها قولاً أنها لا تطلق حتى تغتسل بناء على أن العدة لا تنقضي بانقطاع الدم حتى تغتسل.

ولنا: إن الله تعالى قال: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] أي ينقطع دمهن ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ﴾ أي اغتسلن ولأنه قد ثبت لها أحكام الطاهرات في وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام وإنما بقي بعض الأحكام موقوفاً على وجود الغسل ولأنها ليست حائضاً فيلزم أن تكون طاهراً لأنهما ضدان على التعيين فيلزم من انتفاء أحدهما وجود الآخر.

فصل: فإن قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة طلقت واحدة، فإذا حاضت الثانية طلقت الثانية عند طهرها منها. وإن قال إذا حضت حيضة فأنت طالق ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة لأن ثم للترتيب فتقتضي حيضتين بعد الطلقة الأولى لكونهما مرتبتين عليها.

فصل: فإن قال: إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق طلقت إذا ذهب نصف الحيضة وينبغي أن يحكم بوقوع الطلاق إذا حاضت نصف عادتها، لأن الأحكام تعلقت بالعادة فيتعلق بها وقوع الطلاق، ويحتمل أنه لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يمضي سبعة أيام ونصف لأننا لا نتيقن مضي نصف الحيضة إلا بذلك إلا أن تطهر لأقل من ذلك، ومتى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصف الحيضة وقيل: يلغو قوله نصف حيضة ويبقى طلاقها معلقاً بوجود الحيض والأول أصح فإن الحيض له مدة أقلها يوم وليلة وله نصف حقيقة، والجهل بقدر ذلك لا يمنع وجوده وتعلق الحكم به كالحمل.

فصل: وإن قال لامرأتيه إذا حضتما حيضة واحدة فأنتما طالقتان لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة واحدة ويكون التقدير إن حاضت كل واحدة منكما حيضة واحدة فأنتما طالقتان، كقول الله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُوهُم ثَمَانِينَ جَلْدَة﴾ [النور: ٤] أي اجلدوا كل واحد منهم ثمانين ويحتمل أن يتعلق الطلاق بحيض إحداهما حيضة لأنه لما تعذر وجود الفعل منهما وجبت إضافته إلى إحداهما كقوله تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ﴾ [الرحمن: ٢٢]. وإنما يخرج من إحداهما، وقال القاضي: يلغو قوله حيضة واحدة لأن حيضة واحدة من امرأتين محال فيبقى كأنه قال: إن حضتما فأنتما طالقتان وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، والوجه الآخر، لا تنعقد هذه الصفة لأنها مستحيلة فتصير كتعليق الطلاق بالمستحيلات، والوجه الأول أولى لأن فيه تصحيح كلام المكلف بحمله على محمل سائغ وتبعيد لوقوع الطلاق واليقين بقاء النكاح فلا يزول حتى يوجد ما يقع به الطلاق يقيناً، وغير هذا الوجه لا يحصل به اليقين، فإن أراد بكلامه أحد هذه الوجوه حمل عليه، وإذا ادعى ذلك قبل منه، وإذا قال: أردت أن تكون الحيضة الواحدة منهما فهو تعليق الطلاق بمستحيل فيحتمل أن يلغو قوله: حيضة، ويحتمل أن لا يقع الطلاق لأن هذه الصفة لا توجد فلا يوجد ما علق عليها، ويحتمل أن يقع في الحال، ويلغو الشرط بناء على ما ذكرناه في تعليق الطلاق على المستحيل.

فصل: وإذا كان له أربع نسوة فقال: أيتكن لم أطأها فضرائرها طوالق وقيده بوقت، فمضى الوقت ولم يطأهن طلقن ثلاثاً ثلاثاً، لأن لكل واحدة ثلاث ضرائر غير موطوءات، وإن وطىء ثلاثاً وترك واحدة لم تطلق المتروكة لأنها ليست لها ضرة غير موطوءة، وتطلق كل واحدة من الموطوءات طلقة طلقة، وإن وطىء اثنتين طلقتا طلقتين طلقتين وطلقت المتروكتان طلقة طلقة، وإن وطىء واحدة طلقت ثلاثاً وطلقت كل واحدة من المتروكات طلقتين طلقتين، وإن لم يقيده بوقت كان وقت الطلاق مقيداً بعمره وعمرهن، فأيتهن ماتت طلقت كل واحدة من

ضرائرها طلقة طلقة، وإذا ماتت أخرى فكذلك، وإن مات هو طلقن كلهن في آخر جزء من حياته.

فصل: فإن قال: إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق ولم تكن حاملاً طلقت، وإن أتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين اليمين أو لأقل من أربع سنين ولم يكن يطأها لم تطلق لأنا تبينا أنها كانت حاملاً بذلك الولد، وإن مضت أربع سنين ولم تلد تبينا أنها طلقت حين عقد اليمين، وإن كان يطؤها وأتت بولد لأكثر من ستة أشهر وأقل من أربع سنين نظرت، فإن ظهرت علامات الحمل من انقطاع الحيض ونحوه، قبل وطئه أو قريباً منه بحيث لا يحتمل أن يكون من الوطء الثاني لم تطلق، وإن حاضت أو وجد ما يدل على براءتها من الحمل طلقت، وإن لم يظهر ذلك واحتمل أن يكون من الثاني ففيه وجهان: **أحدهما**: تطلق لأن الأصل عدم الحمل قبل الوطء. **والثاني**: لا تطلق لأن اليقين بقاء النكاح، فلا يزول بشك واحتمال، ولا يجوز للزوج وطؤها قبل الاستبراء، لأن الأصل عدم الحمل ووقوع الطلاق، وإلا استبرأها ها هنا بحيضة، فإن وجدت الحيضة على عادتها تبينا وقوع طلاقها وإن لم تأت في عادتها، كان ذلك دليلاً على حملها وحل وطئها، وإن قال: إن كنت حاملاً فأنت طالق، فهي عكس المسألة التي قبلها. ففي الموضع الذي يقع الطلاق ثم لا يقع ها هنا، وفي الموضع الذي لا يقع ثم يقع ها هنا إلا أنها إذا أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطء الزوج بعد اليمين، ولأقل من أربع سنين من حين عقد الصفة لم تطلق لأن تعين النكاح باق، والظاهر حدوث الولد من الوطء لأن الأصل عدمه قبله، ولا يحل له الوطء حتى يستبرئها. نص عليه أحمد. قال القاضي: يحرم الوطء سواء قلنا الرجعية مباحة أو محرمة لأنه يمنع المعرفة بوقوع الطلاق وعدمه، وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى، لا يحرم الوطء لأن الأصل بقاء النكاح وبراءة الرحم من الحمل، وإذا استبرأها حل وطؤها على الروايتين ويكون الاستبراء بحيضة. قال أحمد في رواية أبي طالب إذا قال لامرأته متى حملت فأنت طالق لا يقربها حتى تحيض، فإذا طهرت وطئها، فإن تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة، فإن لم يوجدن أو خفي عليهن انتظر عليها تسعة أشهر غالب مدة الحمل، وذكر القاضي فيها رواية أخرى أنها تستبرأ بثلاثة أقراء، ولأنه استبراء الحرة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. والصحيح ما ذكرناه لأن المقصود معرفة براءة رحمها وقد حصل بحيضة ولهذا قال عليه السلام: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة» يعني تعلم براءتها بحيضة، ولأن ما يعلم به البراءة في حق الأمة والحرة واحد لأنه أمر حقيقي لا يختلف بالحرية والرق، وأما العدة ففيها نوع تعبد لا يجوز أن تعتدا بالقياس، وهل تعتدا بالاستبراء قبل عقد اليمين أو بالحيضة التي حلف فيها؟ على وجهين أصحهما الاعتداد به لأنه يحصل به ما يحصل بالاستبراء بعد اليمين والثاني: لا يعتد به لأن الاستبراء لا يتقدم على سببه ولأنه لا يعتد به في استبراء الأمة. قال أحمد إذا قال لامرأته: إذا حبلت فأنت طالق يطؤها في كل طهر مرة، يعني إذا حاضت ثم طهرت حل وطؤها لأن الحيض علم على براءتها من الحمل ووطؤها سبب له، فإذا وطئها اعتزلها لاحتمال أن تكون قد حملت من وطئه فطلقت به.

فصل: إذا قال: إن كنت حاملاً بغلام فأنت طالق واحدة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين فولدت غلاماً كانت حاملاً به وقت اليمين تبينا أنها طلقت واحدة حين حلف وانقضت عدتها بوضعه، وإن ولدت أنثى طلقت بولادتها طلقتين واعتدت بالقروء، وإن ولدت غلاماً وجارية وكان الغلام أولهما ولادة تبينا أنها طلقت واحدة وبانت بوضع الجارية ولم تطلق بها، وإن كانت الجارية أولهما ولادة طلقت ثلاثاً واحدة بحمل الغلام واثنتين بولادة الجارية وانقضت عدتها بوضع الغلام، وإن قال لها إن كنت حاملاً بغلام فأنت طالق واحدة، وإن كنت حاملاً بجارية، فأنت طالق اثنتين، فولدت غلاماً وجارية، طلقت ثلاثاً.

وإن قال: إن كان حملك غلاماً، فأنت طالق واحدة، وإن كان حملك جارية، فأنت طالق اثنتين، فولدت غلاماً وجارية لم تطلق، لأن حملها كله ليس بغلام ولا هو جارية، ذكره القاضي في المجرد وأبو الخطاب، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وقال القاضي في الجامع: في وقوع الطلاق وجهان بناء على الروايتين فيمن حلف لا لبست ثوباً من غزلها فلبس ثوباً فيه من غزلها.

فصل: فإن قال: كلما ولدت ولداً فأنت طالق، فولدت ثلاثاً دفعة واحدة طلقت ثلاثاً، لأن صفة الثلاث وجدت وهي زوجة، وإن ولدتهم في دفعات من حمل واحد، طلقت بالأولين وبانت بالثالث ولم تطلق، ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن ابن حامد أنها تطلق، لأن زمان البينونة زمن الوقوع، ولا تنافي بينهما.

ولنا: إن العدة انقضت بوضع الحمل فصادفها الطلاق بائناً لم يقع، كما لو قال: إذا مت فأنت طالق، وقد نص أحمد فيمن قال: أنت طالق مع موتي أنها لا تطلق فهذا أولى، وإن قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين، فولدتهما دفعة واحدة طلقت ثلاثاً، وإن ولدتهما في دفعتين وقع بالأول ما علق عليه، وبانت بالثاني ولم يقع به شيء إلا على قول ابن حامد، فإن أشكل الأول منهما أو كيفية وضعهما طلقت واحدة بيقين، ولا تلزمه الثانية والورع أن يلتزمها، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي، وقال القاضي: قياس المذهب أن يقرع بينهما.

وإن قال: إن كان أول ما تلدين ذكر، فأنت طالق واحدة، وإن كان أنثى فأنت طالق اثنتين فولدتهما دفعة واحدة لم يقع بها شيء لأنه لا أول فيهما فلم توجد الصفة، وإن ولدتهما في دفعتين وقع بالأول ما علق عليه ولم يقع بالثاني شيء.

فصل: فإن كان له أربع نسوة فقال: كلما ولدت واحدة منكن فضرائرها طوالق، فولدن دفعة واحدة طلقن كلهن ثلاثاً ثلاثاً، وإن ولدن في دفعات وقع بضرائر الأول طلقة طلقة، فإذا ولدت الثانية بانت بوضعه ولم تطلق، وهل يطلق سائرهن؟ فيه احتمالان: **أحدهما**: لا يقع بهن طلاق لأنها لما انقضت عدتها بانت فلم يبقين ضرائرها، والزوج إنما علق على ولادتها طلاق ضرائرها.

والوجه الثاني: يقع بكل واحدة طلقة لأنهن ضرائرها في حال ولادتها، فعلى هذا يقع بكل واحدة من اللواتي لم يلدن طلقتان طلقتان وتبين هذه وتقع بالوالدة الأولى طلقة، فإذا ولدت الثانية بانت، وفي وقوع الطلاق بالباقيتين وجهان. فإن قلنا: يقع بهن طلقت الرابعة ثلاثاً والأولى طلقتين وبانت الثانية والثالثة وليس فيهن من له رجعتها إلا الأولى ما لم تنقض عدتها، وإذا ولدت الرابعة لم تطلق واحدة منهن وتنقض عدتها بذلك.

وإن قال: كلما ولدت واحدة منكن فسائركن طوالق، أو فباقيكن طوالق فكلما ولدت واحدة وقع بباقيهن طلقة طلقة، وتبين الوالدة بوضع ولدها إلا الأولى والفرق بين هذه وبين التي قبلها، أن الثانية والثالثة يقع الطلاق بباقيهن بولادتها ها هنا، وفي الأولى لا يقع لأنهن لم يبقين ضرائرها وها هنا لم يعلقه بذلك، وإن قال: كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق، فكذلك إلا أنه يقع على الأولى طلقة بولادتها، فإن كانت الثانية حاملاً باثنين فوضعت الأول منهما وقع بكل واحدة من ضرائرها طلقة في المسائل كلها، ووقع بها طلقة في المسألة الثالثة، وإذا وضعت الثالثة أو كانت حاملاً باثنين فكذلك فتطلق الرابعة ثلاثاً وتطلق كل واحدة من الوالدات طلقتين طلقتين في المسألتين الأولين وثلاثاً ثلاثاً في المسألة الثالثةفكلما وضعت واحدة منهن تمام حملها انقضت به عدتها. قال القاضي: إذا كانت له زوجتان فقال كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طالقتان فولدت إحداهما يوم الخميس طلقتا جميعاً ثم ولدت الثانية يوم الجمعة بانت وانقضت عدتها ولم تطلق وطلقت الأولى ثانية، فإن كانت كل واحدة منهما حاملاً باثنين طلقتا بوضع الثانية طلقة طلقة أيضاً، ثم إذا ولدت الأولى تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثاً فإذا ولدت الثانية تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثاً.

فصل: وإذا قال لامرأته إن كلمتك فأنت طالق ثم أعاد ذلك ثانية طلقت واحدة لأن إعادته تكليم لها وشرط لطلاقها فإن أعاده ثالثة طلقت ثانية إلا أن يكون غير مدخول بها فتبين بالأولى ولايلحقها طلاق ثان، وإن أعاده رابعة طلقت الثالثة، وإن قال إن كلمتك فأنت طالق فاعلمي ذلك أو فتحققي ذلك حنث لأنه كلمها بعد عقد اليمين إلا أن ينوي كلاماً مبتدأ، وإن زجرها فقال تنحي أو اسكتي أو اذهبي حنث لأنه كلام، وإن سمعها تذكر فقال الكاذب عليه لعنة الله حنث نص عليه أحمد لأنه كلمها، وإن كلمها وهي نائمة أو مغلوبة على عقلها بإغماء أو جنون لا تسمع أو بعيدة لا تسمع كلامه أو صماء بحيث لا تفهم كلامه ولا تسمع أو حلف لا يكلم فلاناً فكلمه ميتاً لم يحنث وقال أبو بكر يحنث في جميع ذلك لقول أصحاب النبي ﷺ كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها؟

ولنا: إن التكلم فعل يتعدى إلى المتكلم. وقد قيل إنه مأخوذ من الكلم وهو الجرح لأنه يؤثر فيه كتأثير الجرح ولايكون ذلك إلا بإسماعه، فأما تكليم النبي ﷺ الموتى فمن معجزته فإنه قال: «ما أنتم بأسمع لما أقول منهم» ولم يثبت هذا لغيره وقول أصحاب النبي ﷺ كيف تكلم

أجساداً لا أرواح فيها؟ حجة لنا فإنهم قالوا ذلك استبعاداً أو سؤالاً عما خفي عنهم سببه وحكمته حتى كشف لهم النبي ﷺ حكمة ذلك بأمر مختص به فيبقى الأمر في حق من سواه على النفي، وإن حلف لا كلمت فلاناً فكلمته سكران حنث لأن السكران يكلم ويحنث وربما كان تكليمه في حال سكره أضر من تكليمه في صحوه وإن كلمته سكرانة حنث لأن حكمها حكم الصاحي وإن كلمته وهو صبي أو مجنون يسمع ويعلم أنه مكلم حنث وإن جنت هي ثم كلمته لم يحنث لأن القلم مرفوع عنها ولم يبق لكلامها حكم.

فصل: فإن حلف لا يكلم إنساناً فكلمه بحيث يسمع فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث لأنه كلمه وإنما لم يسمع لغفلته أو شغل قلبه، وإن كلمه ولم يعرفه فإن كانت يمينه بالطلاق حنث. قال أحمد في رجل حلف بالطلاق أن لا يكلم حماته رآها بالليل فقال من هذا؟ حنث قد كلمها، وإن كانت يمينه بالله أو يميناً مكفرة فالصحيح أنه لا يحنث لأنه لم يقصد تكليمه فأشبه الناسي ولأنه ظن المحلوف عليه غيره فأشبه لغو اليمين، وإن سلم عليه حنث لأنه كلمه بالسلام، وإن سلم على جماعة هو فيهم وأراد جميعهم بالسلام حنث لأنه كلمهم كلهم، وإن قصد بالسلام من عداه لم يحنث لأنه إنما كلم غيره وهو يسمع وإن لم يعلم أنه فيهم ففيه روايتان: **إحداهما**: يحنث، لأنه كلمهم جميعهم وهو فيهم. **والثانية**: لا يحنث لأنه لم يقصده ويمكن حمل قوله في الحنث على اليمين بالطلاق والعتاق لأنه لا يعذر فيها بالنسيان والجهل في الصحيح من المذهب وعدم الحنث على اليمين المكفرة، فإن كان الحالف إماماً والمحلوف عليه مأموماً لم يحنث بتسليم الصلاة لأنه للخروج منها إلا أن ينوي بتسليمه المأمومين فيكون حكمه حكم ما لو سلم عليهم في غير الصلاة ويحتمل أن لا يحنث بحال لأن هذا لا يعد تكليماً ولا يريده الحالف، وإن حلف لا يكلم فلاناً فكلم إنساناً وفلاناً يسمع يقصد بذلك إسماعه كما قال (إياك أعني واسمعي يا جارة) حنث. نص عليه أحمد قال إذا حلف لا يكلم فلاناً فكلم إنساناً وفلان يسمع يريد بكلامه إياه المحلوف عليه حنث لأنه قد أراد تكليمه.

وروي عن أبي بكرة ما يدل على أنه لا يحنث فإنه كان حلف أن لا يكلم أخاه زياداً فعزم زياد على الحج فجاء أبو بكرة فدخل قصره وأخذ ابنه في حجره فقال إن أباك يريد الحج والدخول على زوج رسول الله ﷺ بهذا السبب وقد علم أنه غير صحيح ثم خرج ولم ير أنه كلمه والأول الصحيح لأنه أسمعه كلامه يريده به فأشبه ما لو خاطبه به ولأن به مقصود تكليمه قد حصل بإسماعه كلامه.

فصل: فإن كتب إليه أو أرسل إليه رسولاً حنث إلا أن يكون قصد أن لا يشافهه نص عليه أحمد وذكره الخرقي في موضع آخر وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَنْ يُكَلِّمَهُ ٱللَّهُ إِلَّا وَحْياً أَوْ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولاً﴾ [الشورى: ٥١]. ولأن القصد بالترك لكلامه هجرانه ولا يحصل مع مواصلته بالرسل والكتب، ويحتمل أن لا يحنث إلا أن ينوي ترك ذلك لأن هذا ليس بتكليم حقيقة ولو حلف ليكلمنه لم يبر بذلك إلا أن ينويه فكذلك لا يحدث به،

ولو حلف لا يكلمه فأرسل إنساناً يسأل أهل العلم عن مسألة أو حديث فجاء الرسول فسأل المحلوف عليه لم يحنث بذلك وإن حلف لا يكلم امرأته فجامعها لم يحنث إلا أن تكون نيته هجرانها، قال أحمد في رجل قال لامرأته إن كلمتك خمسة أيام فأنت طالق أله أن يجامعها ولا يكلمها؟ فقال أي شيء كان بدو هذا أيسوءها أو يغيظها فإن لم يكن له نية فله أن يجامعها ولا يكلمها، وإن حلف لا يقرأ كتاب فلان فقرأه في نفسه ولم يحرك شفتيه به حنث لأن هذا قراءة الكتب في عرف الناس فتنصرف يمينه إليه إلا أن ينوي حقيقة القراءة، قال أحمد إذا حلف لا قرأت لفلان كتاباً ففتحه حتى استقصى آخره إلا أنه لم يحرك شفتيه فإن أراد أن لا يعلم ما فيه فقد علم ما فيه وقرأه.

فصل: فإن قال لامرأته إن بدأتك بالكلام فأنت طالق فقالت إن بدأتك بالكلام فعبدي حر انحلت يمينه لأنه لما خاطبته بيمينها فاتته البداية بكلامها وبقيت يمينها معلقة فإن بدأها بكلام انحلت يمينها أيضاً، وإن بدأته هي عتق عبدها هكذا ذكره أصحابنا ويحتمل أنه إن بدأها بالكلام في وقت آخر حنث لأن ذلك يسمى بداية فتناولته يمينه إلا أن ينوي ترك البداية في هذا الوقت أو هذا المجلس فيتقيد به.

فصل: فإن قال لامرأتيه إن كلمتما هذين الرجلين فأنتما طالقتان فكلمت كل واحدة رجلاً ففيه وجهان:

أحدهما: يحنث لأن تكليمهما وجد منهما فحنث كما لو قال إن حضتما فأنتما طالقتان فحاضت كل واحدة حيضة وكذلك لو قال إن ركبتما دابتيكما فأنتما طالقتان فركبت كل واحدة دابتها.

والوجه الثاني: لا يحنث حتى تكلم كل واحدة منهما الرجلين معاً لأنه علق طلاقهما بكلامهما لهما فلا تطلق واحدة بكلام الأخرى وحدها وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعي، وهكذا لو قال، إن دخلتما هاتين الدارين فالحكم فيها كالأولى وهذا فيما لم تجر العادة بانفراد الواحد به، فأما ما جرى العرف فيه بانفراد الواحد فيه بالواحد كنحو ركبا دابتيهما ولبسا ثوبيهما وتقلدا سيفيهما واعتقلا رمحيهما ودخلا بزوجيهما وأشباه هذا فإنه يحنث إذا وجد منهما منفردين، وما لم تجر العادة فيه بذلك فهو على الوجهين، ولو قال إن أكلتما هذين الرغيفين فأكلت كل واحدة منهما رغيفاً يحنث لأنه يستحيل أن تأكل كل واحدة منهما الرغيفين بخلاف الرجلين والدارين.

فصل: فإن قال أنت طالق إن كلمت زيداً ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيداً في حال يكون فيه محمد مع خالد، وذكر القاضي أنه يحنث بكلام زيد فقط لأن قوله محمد مع خالد استئناف كلام بدليل أنه مرفوع والصحيح ما قلناه لأنه متى أمكن جعل الكلام متصلاً كان أولى من قطعه والرفع لا ينفي كونه حالاً فإن الجملة من المبتدأ والخبر تكون حالاً كقوله تعالى:

﴿اقْتَرَبَ لِلنَّاسِ حِسَابُهُمْ وَهُمْ فِي غَفْلَةٍ مُعْرِضُونَ﴾ [الأنبياء: ١] وقال: ﴿إِلَّا اسْتَمَعُوهُ وَهُمْ يَلْعَبُونَ﴾ [الأنبياء: ٢] ﴿وَأَخَافُ أَنْ يَأْكُلَهُ الذِّئْبُ وَأَنْتُمْ عَنْهُ غَافِلُونَ﴾ [يوسف: ١٣] وهذا كثير فلا يجوز قطعه عن الكلام الذي هو في سياقه مع إمكان وصله به، ولو قال إن كلمت زيداً ومحمد مع خالد فأنت طالق لم تطلق حتى تكلم زيداً في حال كون محمد مع خالد فكذلك إذا تأخر قوله محمد مع خالد، ولو قال أنت طالق لو كلمت زيداً وأنا غائب لم تطلق حتى تكلمه في حال غيبته، وكذلك لو قال أنت طالق إن كلمت زيداً وأنت راكبة أو هو راكب أو محمد راكب لم تطلق حتى تكلمه في تلك الحال. ولو قال أنت طالق إن كلمت زيداً ومحمد أخوه مريض لم تطلق حتى تكلمه وأخوه محمد مريض.

فصل: فإن قال إن كلمتني إلى أن يقدم زيد أو حتى يقدم زيد فأنت طالق فكلمته قبل قدومه حنث لأنه مد المنع إلى غاية هي قدوم زيد فلا يحنث بعدها، فإن قال أردت إن استدمت كلامي من الآن إلى أن يقدم زيد دين، وهل يقبل في الحكم؟ يحتمل وجهين.

فصل: فإن قال أنت طالق إن شئت أو إذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت أو كيف شئت أو حيث شئت أو أنى شئت لم تطلق حتى تشاء وتنطق بالمشيئة بلسانها فتقول قد شئت لأن ما في القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان فتعلق الحكم بما يتعلق به دون ما في القلب فلو شاءت بقلبها دون نطقها لم يقع طلاق ولو قالت قد شئت بلسانها وهي كارهة لوقع الطلاق اعتباراً بالنطق، وكذلك إن علق الطلاق بمشيئة غيرها ومتى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق سواء كان على الفور أو التراخي نص عليه أحمد في تعليق الطلاق بمشيئة فلان وفيما إذا قال أنت طالق حيث شئت أو أنى شئت ونحو هذا قال الزهري وقتادة، وقال أبو حنيفة دون صاحبيه إذا قال أنت طالق كيف شئت تطلق في الحال طلقة رجعية لأن هذا ليس بشرط إنما هو صفة للطلاق الواقع بمشيئتها.

ولنا: إنه أضاف الطلاق إلى مشيئتها فأشبه به ما لو قال حيث شئت، وقال الشافعي في جميع الحروف إن شاءت في الحال وإلا فلا تطلق لأن هذا تمليك للطلاق فكان على الفور كقوله اختاري وقال أصحاب الرأي في أن كقوله وفي سائر الحروف كقولنا. لأن هذه الحروف صريحة في التراخي فحملت على مقتضاها بخلاف إن فإنها لا تقتضي زماناً وإنما هي لمجرد الشرط فتقيد بالفور بقضية التمليك، وقال الحسن وعطاء إذا قال أنت طالق إن شئت إنما ذلك لها ما داما في مجلسها.

ولنا: إنه تعليق للطلاق على شرط فكان على التراخي كسائر التعليق ولأنه إزالة ملك معلق على المشيئة فكان التراخي كالعتق وفارق اختاري فإنه ليس بشرط إنما هو تخيير فتقيد بالمجلس كخيار المجلس وإن مات من له المشيئة أو جن لم يقع الطلاق لأن شرط الطلاق لم يوجد، وحكي عن أبي بكر أنه يقع وليس بصحيح لأن الطلاق المعلق على شرط لا يقع إذا

تعذر شرطه كما لو قال أنت طالق إن دخلت الدار وإن شاء وهو مجنون لم يقع طلاقه لأنه لا حكم لكلامه وإن شاء وهو سكران فالصحيح أنه لا يقع لأنه زائل العقل فهو كالمجنون.

وقال أصحابنا: يخرج على الروايتين في طلاقه والفرق بينهما أن إيقاع طلاقه تغليظ عليه كي لا تكون المعصية سبباً للتخفيف عنه وها هنا إنما يقع الطلاق بغيره فلا يصح منه في حال زوال عقله، وإن شاء وهو طفل لم يقع لأنه كالمجنون وإن كان يعقل الطلاق وقع لأن له مشيئته ولذلك يصح اختياره لأحد أبويه وإن كان أخرس فشاء بالإشارة وقع الطلاق لأن إشارته تقوم مقام نطق الناطق ولذلك وقع طلاقه بها وإن كان ناطقاً حال التعليق فخرس ففيه وجهان: **أحدهما**: يقع الطلاق بها لأن طلاقه في نفسه يقع بها فكذلك طلاق من علقه بمشيئة. **والثاني**: لايقع بها لأنه حال التعليق كأنه لا يقع إلا بالنطق فلم يقع بغيره كما لو قال في التعليق إن نطق فلان بمشيئه فهي طالق.

فصل: فإن قيد المشيئة بوقت فقال أنت طالق إن شئت اليوم تقيد به فإن خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق وإن علقه على مشيئة اثنين لم يقع حتى توجد مشيئتهما، وخرج القاضي وجهاً أنه بمشيئة أحدهما كما يحنث بفعل بعض المحلوف عليه وقد بينا فساد هذا فإن قال أنت طالق وإن شئت وشاء أبوك فقالت قد شئت إن شاء أبي، فقال أبوها قد شئت لم تطلق لأنها لم تشأ فإن المشيئة أمر خفي لا يصح تعليقها على شرط وكذلك لو قال أنت طالق إن شئت فقالت قد شئت إن شئت فقال قد شئت أو قالت قد شئت إن طلعت الشمس لم يقع، نص عليه أحمد على معنى هذا هو قول سائر أهل العلم منهم الشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي قال المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته أنت طالق إن شئت فقالت قد شئت إن شاء فلان أنها قد ردت الأمر ولا يلزمها الطلاق وإن شاء فلان وذلك لأنه لم توجد منها مشيئة وإنما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط وليس تعليق المشيئة، وإن علق الطلاق على مشيئة اثنين فشاء احدهما على الفور والآخر على التراخي وقع الطلاق لأن المشيئة قد وجدت منهما جميعاً.

فصل: فإن قال أنت طالق إلا أن تشائي أو يشاء زيد فقالت قد شئت لم تطلق وإن أخرا ذلك طلقت وإن جن من علق الطلاق بمشيئته طلقت في الحال لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بشرط لم يوجد وكذلك إن مات فإن خرس فشاء بالإشارة خرج فيه وجهان بناء على وقوع الطلاق بإشارته إذا علقه على مشيئته.

فصل: فإن قال أنت طالق واحدة إلا أن تشائي ثلاثاً فلم تشأ أو شاءت أقل من ثلاث طلقت واحدة وإن قالت قد شئت ثلاثاً، فقال أبو بكر تطلق ثلاثاً، وقال أصحاب الشافعي وأبي حنيفة لا تطلق إذا شاءت ثلاثاً لأن الاستثناء من الإثبات نفي فتقديره أنت طالق واحدة إلا أن تشائي ثلاثاً فلا تطلقي ولأنه لم يقل ثلاثاً لما طلقت بمشيئتها ثلاثاً فكذلك إذا قال ثلاثاً لأنه إنما ذكر الثلاث صفة لمشيئتها الرافعة لطلاق الواحدة فيصير كما لو قال أنت طالق

إلا أن تكرري بمشيئتك ثلاثاً. وقال القاضي فيها وجهان. **أحدهما**: لا تطلق لما ذكرنا. **والثاني**: تطلق ثلاثاً لأن السابق إلى الفهم من هذا الكلام إيقاع الثلاث إذا شاءتها كما لو قال له عليّ دراهم إلا أن يقيم البينة بثالثة وخذ درهماً إلا أن تريد أكثر منه ومنه قول النبيّ ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار» أي إن بيع الخيار ثبت فيه بعد تفرقهما وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا أن تشائي واحدة فقالت قد شئت واحدة طلقت واحدة على قول أبي بكر وعلى قولهم لا تطلق شيئاً.

فصل: فإن قال أنت طالق لمشيئة فلان أو لرضاه أو له طلقت في الحال لأن معناه أنت طالق لكونه قد شاء ذلك أو رضيه أو ليرضى به كقوله هو حر لوجه الله، أو لرضى الله، فإن قال أردت به الشرط دين، قال القاضي يقبل به الحكم لأنه محتمل، فإن ذلك يستعمل للشرط كقوله أنت طالق للسنة وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعي.

فصل: فإن قال أنت طالق إن أحببتِ أو إن أردت أو إن كرهت احتمل أن يتعلق الطلاق بقولها بلسانها قد أحببت أو أردت أو كرهت لأن هذه المعاني في القلب لا يمكن الاطلاع عليها إلا من قولها فتعلق الحكم بها كالمشيئة ويحتمل أن يتعلق الحكم بما في القلب من ذلك ويكون اللسان دليلاً عليه فعلى هذا لو أقر الزوج بوجوده وقع طلاقه وإن لم يتلفظ به ولو قالت أنا أحب ذلك ثم قالت كنت كاذبة لم تطلق وإن قال: إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار فأنت طالق فقالت: أنا أحب ذلك فقد سئل أحمد عنها فلم يجب فيها بشيء وفيها احتمالان:

أحدهما: لا تطلق وهو قول أبي ثور لأن المحبة في القلب ولا توجد من أحد محبة ذلك وخبرها محبتها له كذب معلوم فلم يصح دليلاً على ما في قلبها.

والاحتمال الثاني: أنها تطلق وهو قول أصحاب الرأي لأن ما في القلب لا يوقف عليه إلا من لسانها فاقتضى تعليق الحكم بلفظها به كاذبة كانت أو صادقة كالمشيئة ولا فرق بين قوله إن كنت تحبين ذلك وبين قوله إن كنت تحبينه بقلبك لأن المحبة لا تكون إلا بالقلب.

فصل: فإن قال أنت طالق إن شاء الله تعالى طلقت وكذلك إن قال عبدي حر إن شاء الله تعالى عتق نص عليه أحمد في رواية جماعة وقال ليس هما من الإيمان وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهري ومالك والليث والأوزاعي وأبو عبيد وعن أحمد ما يدل على أن الطلاق لا يقع وكذلك العتاق وهو قول طاوس والحكم وأبي حنيفة والشافعي لأنه علقه على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع كما لو علقه على مشيئة زيد وقد قال رسول الله ﷺ: «من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث» رواه الترمذي وقال حديث حسن.

ولنا: ما روى أبو جمرة قال سمعت ابن عباس يقول: «إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله فهي طالق» رواه أبو حفص بإسناده وعن أبي بردة نحوه.

وروى ابن عمر وأبو سعيد قال: كنا معاشر أصحاب رسول الله ﷺ نرى الاستثناء جائزاً في كل شيء إلا في العتاق والطلاق ذكره أبو الخطاب وهذا نقل للإجماع، وإن قدر أنه قول بعضهم ولم يعلم له مخالف فهو إجماع، ولأنه استثناء يرفع جملة الطلاق فلم يصح كقوله أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ولأنه استثناء حكماً في محل فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح، ولأنه إزالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله كما لو قال أبرأتك إن شاء الله أو تعليق على ما لا سبيل إلى علمه فأشبه تعليقه على المستحيلات والحديث لا حجة لهم فيه فإن الطلاق والعتاق إنشاء وليس بيمين حقيقة وإن سمي بذلك فمجاز لا تترك الحقيقة من أجله ثم إن الطلاق إنما سمي يميناً معلقاً على شرط يمكن تركه وفعله ومجرد قوله أنت طالق ليس بيمين حقيقة ولا مجازاً فلم يمكن الاستثناء بعد يمين وقولهم علقه على مشيئة لا تعلم قلنا قد علمت مشيئة الله للطلاق بمباشرة الآدمي سببه قال قتادة قد شاء الله حين أذن أن يطلق ولو سلمنا أنها لم تعلم لكن قد علقه على شرط يستحيل علمه فيكون كتعليقه على المستحيلات يلغو ويقع الطلاق في الحال.

فصل: فإن قال أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله فعن أحمد فيه روايتان: **إحداهما**: يقع الطلاق بدخول الدار ولا ينفعه الاستثناء لأن الطلاق والعتاق ليسا من الأيمان ولما ذكرناه في الفصل الأول. **والثانية**: لا تطلق وهو قول أبي عبيد لأنه إذا علق الطلاق بشرط صار يميناً وحلفاً فصح الاستثناء فيه لعموم قوله عليه السلام: «من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث» وفارق ما إذا لم يعلقه فإنه ليس بيمين فلا يدخل في العموم.

فصل: فإن قال أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت ووافق أصحاب الشافعي على هذا في الصحيح من المذهب لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم، وإن قال أنت طالق إن لم يشأ الله أو لم يشأ الله وقع أيضاً في الحال لأن وقوع طلاقها إذا لم يشأ الله محال فلغت هذه الصفة ووقع الطلاق ويحتمل أن لا يقع بناء على تعليق الطلاق على المحال مثل قوله أنت طالق إن جمعت بين الضدين أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه. وإن قال أنت طالق لتدخلن الدار إن شاء الله لم تطلق دخلت أو لم تدخل لأنها إن دخلت علمنا أن الله لم يشأه لأنه لو شاءه لوجد فإن ما شاء الله كان وكذلك إن قال أنت طالق لا تدخلي الدار إن شاء الله لما ذكرنا.

وإن أراد بالاستثناء والشرط رده إلى الطلاق دون الدخول وخرج فيه الخلاف من ما ذكرنا في المنجز وإن لم تعلم نيته فالظاهر رجوعه إلى الدخول ويحتمل أن يرجع إلى الطلاق.

فصل: فإن علق الطلاق على مستحيل فقال أنت طالق إن قتلت الميت أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو جمعت بين الضدين أو كان الواحد أكثر من اثنين أو على ما يستحيل عادة كقوله إن طرت أو صعدت إلى السماء أو قلبت الحجر ذهباً أو شربت هذا النهر كله أو حملت الجبل أو شاء الميت ففيه وجهان: **أحدهما**: يقع الطلاق في الحال لأنه أردف الطلاق بما يرفع جملته ويمنع وقوعه في الحال وفي الثاني فلم يصح كاستثناء الكل كما لو قال أنت

طالق طلقة لا تقع عليك أو لا تنقص عدد طلاقك. والثاني: لايقع لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد ولأن ما يقصد تبعيده يعلق على المحال كقوله:

إذا شاب الغراب أتيت أهلي وصار القار كاللبن الحليب

أي لا آتيهم أبداً وقيل إن علقه على ما يستحيل عقلاً وقع في الحال لأنه لا وجود له فلم تعلق به الصفة وبقي مجرد الطلاق فوقع، وإن علقه على مستحيل عادة كالطيران وصعود السماء لم يقع لأنه لا وجود له وقد وجد جنس ذلك معجزات الأنبياء عليهم السلام وكرامات الأولياء فجاز تعليق الطلاق به ولم يقع قبل وجوده، فأما إن علق طلاقها على نفي فعل المستحيل فقال أنت طالق إن لم تقتلي الميت أو تصعدي السماء طلقت في الحال لأنه علقه على عدم ذلك وعدمه معلوم في الحال وفي الثاني فوقع الطلاق كما لو قال أنت طالق إن لم أبع عبدي فمات العبد وكذلك لو قال أنت طالق لأشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو لأقتلن الميت وقع الطلاق كما لو حلف ليصعدن السماء أو ليطيرنَّ فإنه لا يحنث والصحيح أنه يحنث فإن الحالف على فعل الممتنع كاذب حانث قال الله تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا بِٱللَّهِ جَهْدَ أَيْمَـٰنِهِمْ لَا يَبْعَثُ ٱللَّهُ مَن يَمُوتُ﴾ [النحل: ٣٨] إلى قوله: ﴿وَلِيَعْلَمَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓا أَنَّهُمْ كَانُوا كَـٰذِبِينَ﴾ [النحل: ٣٩] ولو حلف على فعل متصور فصار ممتنعاً حنث بذلك فلأن يحنث بكونه ممتنعاً حال يمينه أولى.

فصل: وإذا حلف لاشربت من هذا النهر فاغترف منه وشرب منه حنث وإن حلف لاشربت من هذا الإناء فصب منه في إناء آخر وشرب وكان الإناء كبيراً لا يمكن الشرب به حنث أيضاً وإن كان الشرب به ممكناً لم يحنث لأن الإناء الصغير آلة للشرب فتنصرف يمينه إلى الشرب به بخلاف النهر والإناء الكبير فإنه لا تنصرف يمينه منه لم يحنث وإن حلف لا يشرب من ماء بردى فشرب من نهر يأخذ منه حنث، ذكر نحو ذلك القاضي لأن بردى اسم لمكان خاص فإذا تجاوز إلى مكان سواه فشرب منه فما شرب من بردى، وإذا كانت يمينه على مائه فماؤه ماؤه حيث كان وأين نقل ولذلك لو حلف لا يأكل من تمر البصرة فأكله في غيرها حنث وإن اغترف من بردى بإناء ونقله إلى مكان آخر فشربه حنث في المسألتين جميعاً لأن اغتراف الماء من بردى، ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات لم يحنث إلا بالشرب من ماء النهر المعروف بالفرات، وإن حلف لا يشرب من ماء فرات حنث بالشرب من كل ماء عذب لأنه إذا عرفه بلام التعريف انصرف إلى النهر المعروف وإذا نكره صار للعموم فيتناول كل ما يسمى فراتاً وكل عذب فرات قال الله تعالى: ﴿وَأَسْقَيْنَـٰكُم مَّآءً فُرَاتًا﴾ [المرسلات: ٢٧] وقال: ﴿وَمَا يَسْتَوِى ٱلْبَحْرَانِ هَـٰذَا عَذْبٌ فُرَاتٌ وَهَـٰذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ﴾ [فاطر: ١٢] ومتى نوى يمينه المحتمل الآخر انصرف إليه ويقبل منه ذلك لأنه قريب لا تبعد إرادته.

فصل: ولو حلف لا يشتمه ولا يكلمه في المسجد ففعل في المسجد والمحلوف عليه في غيره حنث وإن فعله في غير المسجد والمحلوف عليه في المسجد لم يحنث ولو حلف لا يضربه ولا

يشجه ولا يقتله في المسجد ففعله والحالف في المسجد والمحلوف عليه في غيره لم يحنث، وإن كان الحالف في غير المسجد حنث لأن الشتم والكلام قول يستقل به القائل فلا يعتبر فيه حضور المشتوم فيوجد من الشاتم في المسجد وإن لم يكن المشتوم فيه والكلام قول فهو كالشتم. وسائر الأفعال المذكورة فعل متعد محله المضروب والمقتول والمشجوج فإذا كان محله في غير المسجد كان الفعل في غيره فيعتبر محل المفعول به ولو حلف ليقتلنه يوم الجمعة فجرحه يوم الخميس ومات يوم الجمعة فقال القاضي لا يحنث، وإن جرحه يوم الجمعة فمات يوم السبت فقال يحنث لأنه لا يكون مقتولاً حتى يموت فاعتبر يوم موته لا يوم ضربه، ويتوجه أن يكون الحكم بالعكس في المسألتين فيعتبر يوم جرحه لا يوم موته لأن القتل فعل القاتل ولهذا يصح الأمر به والنهي عنه، قال الله تعالى: ﴿اقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ﴾ [الأنعام: ٦، الإسراء: ٣١] والأمر والنهي إنما يتوجه إلى فعل ممكن فعله وتركه وذلك فعل الآدمي من الجرح ونحوه أما الزهوق ففعل الله لا يؤمر به ولا ينهى عنه ولا سبيل للآدمي إلا إلى تعاطي سببه وهو شرط في القتل فإذا وجد تبينا أن الفعل المفضي إليه كان قتلاً ولذلك جاز تقديم الكفارة بعد الجرح وقبل الزهوق ولو حلف لأقتلنه فمات من جرح كان جرحه لم يبر، ولو حلف لا يقتله لم يحنث بذلك أيضاً، ويحتمل أن لا يبر حتى يوجد السبب والزهوق معاً في يوم لأن القتل لا يتم إلا بسببه وشرطه فأما بنسبته إلى الشرط وحده دون السبب فبعيد.

فصل: إذا قال من بشرتني بقدوم أخي فهي طالق فبشرته إحداهن وهي صادقة طلقت وإن كانت كاذبة لم تطلق لأن التبشير خبر صدق يحصل به ما يغير البشرة من سرور أو غم، وإن أخبرته به أخرى لم تطلق لأن السرور إنما يحصل بالخبر الأول فإن كانت الأولى كاذبة والثانية صادقة طلقت الثانية لأن السرور إنما يحصل بخبرها فكان هو البشارة، وإن بشره بذلك اثنان أو ثلاث أو الأربع في دفعة واحدة طلقن كلهن لأن من تقع على الواحد فما زاد قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ * وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧، ٨] قال: ﴿وَمَنْ يَقْنُتْ مِنْكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ وَتَعْمَلْ صَالِحًا نُؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣١] ولو قال من أخبرتني بقدوم أخي فهي طالق فقال القاضي هو كالبشارة لا تطلق إلا المخبرة الأولى الصادقة دون غيرها لأن مراده خبر يحصل له به العلم بقدومه ولا يحصل ذلك بكذب ولا بغير الأول، ويحتمل أن تطلق كل مخبرة صادقة أو كانت أو كاذبة أولاً كان أو غيره لأن الخبر يكون صدقاً وكذباً وأولاً ومكرراً وهو اختيار أبي الخطاب والأول قول القاضي ومذهب الشافعي على نحو هذا التفصيل.

فصل: وإن قال أول من تقوم منكن فهي طالق أو قال لعبيده أول من قام منكم فهو حر فقام الكل دفعة واحدة لم يقع طلاق ولا عتق لأنه لا أول فيهم وإن قام واحد أو واحدة ولم يقم بعده أحد احتمل وجهين. أحدهما: يقع الطلاق والعتق لأن الأول ما لم يسبقه شيء وهذا كذلك. والثاني: لايقع طلاق ولا عتق لأن الأول ما كان بعده شيء ولم يوجد، فعلى هذا لا يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى يتبين من قيام أحد منهم بعده فتنحل يمينه وإن قام اثنان أو

ثلاثة دفعة واحدة وقام بعدهم آخر وقع الطلاق والعتق بالجماعة الذين قاموا في الأول لأن الأول يقع على الكثير والقليل قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا أَوَّلَ كَافِرٍ بِهِ﴾ [البقرة: ٤١].

وحكي عن القاضي فيمن قال أول من يدخل من عبيدي فهو حر فدخل اثنان دفعة واحدة ثم دخل بعدهما ثالث لم يعتق واحد منهم وهذا بعيد فإنهم قد دخل بعضهم بعد بعض ولا أول فيهم وهذا لا يستقيم إلا أن يكون قال أول من يدخل منكم وحده ولم يدخل بعد الثالث أحد فإنه لو دخل بعد الثالث أحد عتق الثالث لكونه أول من دخل وحده وإذا لم يقل وحده فإن لفظة الأول تتناول الجماعة كما ذكرنا وقال النبي ﷺ: «أول من يدخل الجنة فقراء المهاجرين».

ولو قال: آخر من يدخل منكن الدار فهي طالق فدخل بعضهن لم يحكم بطلاق واحدة منهن حتى يتبين من دخول غيرها بموته أو موتهن أو غير ذلك فنتبين وقوع الطلاق بآخرهن دخولاً من حين دخلت وكذلك الحكم في العتق.

فصل: وإذا حلف يميناً على فعل بلفظ عام وأراد به شيئاً خاصاً مثل إن حلف لا يغتسل الليلة وأراد الجنابة أو لا قربت لي فراشاً وأراد ترك جماعها أو قال إن تزوجت فعبد حر وأراد امرأة معينة أو قال إن دخل إليَّ رجل أو قال أحد فامرأتي طالق وأراد رجلاً بعينه أو حلف لا يأكل خبزاً يريد خبز البر أو لا يدخل داراً يريد دار فلان أو قال إن خرجت فأنت طالق يريد الخروج إلى الحمام أو قال إن مشيت وأراد استطلاق البطن فإن ذلك يسمى مشياً قال النبي ﷺ لامرأة: «ثم تستمشين» ويقال شربت مشياً ومشواً إذا شرب دواء يمشيه فإن يمينه في ذلك على ما نواه ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، وهل يقبل في الحكم يخرج على روايتين، قال أحمد في الظهار فيمن قال لامرأته إن قربت لي فراشاً فأنت علي كظهر أمي فجاءت فقامت على فراشه فقال أردت الجماع لا يلزمه شيء وقال الشافعي ومحمد بن الحسن لا يقبل قوله في الحكم في هذا كله لأنه خلاف الظاهر.

ولنا: إنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية التوكيد.

فصل: وإن حلف يميناً عامة لسبب خاص وله نية حمل عليها ويقبل قوله في الحكم لأن السبب دليل على صدقه. وإن لم ينو شيئاً. فقد روي عن أحمد ما يدل على أن يمينه تختص بما وجد فيه السبب. وذكره الخرقي فقال فإن لم يكن له نية رجع إلى سبب اليمين وما هيجها فظاهر هذا أن يمينه مقصورة على محل السبب وهذا قول أصحاب أبي حنيفة.

وروي عن أحمد ما يدل على أن يمينه تحمل على العموم فإنه قال فيمن قال لله عليَّ أن لا أصيد في هذا النهر لظلم رآه فتغير حاله فقال النذر يوفى به وذلك لأن اللفظ دليل الحكم فيجب الاعتبار به في الخصوص والعموم كما في لفظ الشارع.

ووجه الأول أن السبب الخاص يدل على قصد الخصوص. ويقوم مقام النية عند عدمها لدلالته عليها فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية، وفارق لفظ الشارع فإنه يريد بيان الأحكام فلا يختص بمحل السبب لكون الحاجة داعية إلى معرفة الحكم في غير محل السبب. فعلى هذا لو قامت امرأته لتخرج فقال إن خرجت فأنت طالق فرجعت ثم خرجت بعد ذلك أو دعاه إنسان إلى غدائه فقال امرأتي طالق إن تغديت ثم رجع فتغدى في منزله لم يحنث على الأول ويحنث على الثاني، وإن حلف لعامل أن لا يخرج إلا بإذنه أو حلف بذلك على امرأته أو مملوكه فعزل العامل وطلق المرأة وباع المملوك أو حلف على وكيل فعزله خرج في ذلك كله وجهان.

فصل: وإن قال إن دخل داري أحد فامرأتي طالق فدخلها هو أو قال لإنسان إن دخل دارك أحد فعبدي حر فدخلها صاحبها فقال القاضي: لا يحنث لأن قرينة حال المتكلم تدل على أنه يحلف على غيره ويمنع من سواه فيخرج هو من العموم بالقرينة ويخرج المخاطب من اليمين بها أيضاً ويحتمل أن يحنث أخذاً بعموم اللفظ وإعراضاً عن السبب كما في التي قبلها.

فصل: وإذا قال لامرأته إن وطئتك فأنت طالق انصرفت يمينه إلى جماعها، وقال محمد بن الحسن يمينه على الوطء بالقدم لأنه الحقيقة، وحكي أنه لو قال: أردت به الجماع لم يقبل في الحكم.

ولنا: إن الوطء إذا أضيف إلى المرأة كان في العرف عبارة عن الجماع، ولهذا يفهم منه الجماع في لفظ الشارع في مثل قول النبي ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة» فيجب حمله عند الإطلاق عليه كسائر الأسماء العرفية من الظعينة والرواية وأشباههما. ولا يحنث حتى تغيب الحشفة في الفرج، وإن حلف ليجامعها أو لا يجامعها انصرف إلى الوطء في الفرج ولم يحنث بالجماع دون الفرج وإن أنزل لأن مبنى الأيمان على العرف والعرف ما قلناه.

وان حلف ،لأفتضنك فافتضها بإصبع لم يحنث لأن العهود من إطلاق هذه اللفظة وطء البكر. وإن حلف على امرأة لا يملكها أن لا ينكحها فيمينه على العقد لأن إطلاق النكاح ينصرف إليه وإن كان مالكاً لها بنكاح أو ملك يمين فهو على وطئها لأن قرينة الحال صارفة عن العقد عليها لكونها معقوداً عليها.

فصل: وإن قال إن أمرتك فخالفتني فأنت طالق ثم نهاها فخالفته، فقال أبو بكر لا يحنث وهو قول الشافعي. لأنها خالفت نهيه لا أمره، وقال أبو الخطاب يحنث إذا قصد أن لا تخالفه أو لم يكن ممن يعرف حقيقة الأمر والنهي لأنه إذا كان كذلك فإنما يريد نفي المخالفة، ويحتمل أن تطلق بكل حال لأن الأمر بالشيء نهي عن ضده والنهي عنه أمر بضده فقد خالفت أمره، وإن قال لها إن نهيتني عن نفع أمي فأنت طالق فقالت له لا تعطها من مالي شيئاً لم يحنث لأن إعطاءها من مالها لا يجوز ولا يجوز النفع به. فيكون هذا النفع محرماً فلا يتناوله يمينه. ويحتمل أن يحنث لأنه نفع ولفظه عام فيدخل المحرم فيه.

فصل: فإن قال لامرأته إن خرجت إلى غير الحمام فأنت طالق فخرجت إلى غير الحمام طلقت سواء عدلت إلى الحمام أو لم تعدل، وإن خرجت إلى الحمام ثم عدلت إلى غيره فقياس المذهب أنه يحنث. لأن ظاهر هذه اليمين المنع من غير الحمام فكيفما صارت إليه حنث كما لو خالفت لفظه، ويحتمل أن لا يحنث. وهو قول الشافعي لأنها لم تفعل ما حلف عليه ويتناوله لفظه، وإن خرجت إلى الحمام وغيره وجمعتهما في القصد ففيه وجهان:

أحدهما: يحنث لأنها خرجت إلى غير الحمام وانضم إليه غيره فحنث بما حلف عليه كما لو حلف لا يكلم زيداً فكلم زيداً وعمراً. **والثاني**: لا يحنث لأنها ما خرجت إلى غير الحمام بل الخروج مشترك. ونقل الفضل بن زياد عن أحمد أنه سئل إذا حلف بالطلاق أن لا يخرج من بغداد إلا لنزهة فخرج إلى النزهة ثم مر إلى مكة. فقال النزهة لا تكون إلى مكة فظاهر هذا أنه أحنثه ووجهه ما تقدم، وقال في رجل حلف بالطلاق أن لا يأتي أرمينية إلا بإذن امرأته فقالت امرأته اذهب حيث شئت فقال لا حتى تقول إلى أرمينية. والصحيح أنه متى أذنت له إذناً عاماً لم يحنث، قال القاضي: وهذا من كلام أحمد محمول على أن هذا خرج مخرج الغضب والكراهة. ولو قالت هذا بطيب قلبها كان إذناً منها وله الخروج. وإن كان بلفظ عام.

فصل: فإن حلف ليرحلن من هذه الدار أو ليخرجن من هذه المدينة ففعل ثم عاد إليها لم يحنث إلا أن تكون نيته أو سبب يمينه يقتضي عدم الرجوع إليها لأن الحلف على الخروج والرحيل وقد فعلها. وقد نقل عنه اسماعيل بن سعيد إذا حلف على رجل أن يخرج من بغداد فخرج ثم رجع قد مضت يمينه لا شيء عليه ونقل عنه مثنى بن جامع فيمن قال لامرأته أنت طالق إن لم نرحل من هذه الدار إن لم يدركه الموت ولم ينو شيئاً هي إلى أن تموت فإن رحل لم يرجع. ومعنى هذا أنه إن أدركه الموت قبل إمكان الرحيل لم يحنث، وإن أمكنه الرحيل فلم فعل لم يحنث حتى يموت أحدهما. فيقع بها الطلاق في آخر أوقات الإمكان، وأما قوله إن رحل م يرجع فمحمول على من كان ليمينه سبب يقتضي هجران الدار على الدوام ونقل مهنا في رجل قال لامرأته إن وهبت كذا فأنت طالق فإذا هي قد وهبت. قال أخاف أن يكون قد حنث قال القاضي: هذا محمول على أنه قال إن كنت وهبته وإلا فلا يحنث حتى تبتدىء هبته لأن اليمين تقتضي فعلا مستقبلاً يحنث به وما فعلت ما حلف عليه بعد يمينه ونقل عنه أيضاً في رجل قال لامرأته إن رأيتك تدخلين الدار فأنت طالق فهو على نيته إن أراد أن لا تدخلها حنث. وإن كان نوى إذا رآها لم يحنث حتى يراها تدخل وهو كما قال فإن مبنى اليمين على النيات سيما والرؤية تطلق على العلم كقول الله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ كَيْفَ فَعَلَ رَبُّكَ بِعَادٍ﴾ [الفجر: ٦] ونحوه ومتى لم تكن له نية ولا سبب هناك يدل على إرادته مع الدخول بمجرده لم يحنث حتى يراها تدخل الدار لأنه الذي تناوله لفظه. ونقل عنه المروذي في رجل أقرض رجلاً دراهم فحلف أن لا يقبلها، وكان الرجل ميتاً تعطى الورثة يعني إذا مات الحالف يوفي الورثة ولا يبرأ بيمينه لأنها ليست إبراء فلا يسقط الحق بها.

فصل: ولو قال امرأتي طالق إن كنت أملك إلا مائة وكان يملك أكثر من مائة أو أقل حنث، فإن نوى أني لا أملك أكثر من مائة لم يحنث بملك ما دونها وإن قال إن كنت أملك أكثر من مائة فامرأتي طالق وكان يملك أقل من المائة لم يحنث لأنه صادق.

فصل: فإن قال لامرأته يا طالق أنت طالق إن دخلت الدار طلقت واحدة بقوله يا طالق وبقيت أخرى معلقة بدخول الدار، ولو قال أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن دخلت الدار فإن كانت له نية رجع إليها وإلا وقعت واحدة بالنداء، وبقت الثلاث معلقة على دخول الدار وكذا لو قال أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار وعاد الشرط إلى الطلاق دون القذف، وقال محمد بن الحسن يرجع الشرط إليهما في المسألتين فلا يقع بها في الحال شيء، والأولى أن يرجع الشرط إلى الخبر الذي يصح فيه التصديق والتكذيب وجرت العادة بتعليقه بالشرط بخلاف النداء والقذف الذي لا يوجد ذلك فيه.

فصل: فإن قال لامرأته أنت طالق مريضة بالنصب أو الرفع ونوى به وصفها بالمرض في الحال طلقت في الحال. وإن نوى به أنت طالق في حال مرضك لم تطلق حتى تمرض. لأن هذا حال والحال مفعول فيه كالظرف ويكون الرفع لحناً لأن الحال منصوب وإن أطلق ونصب انصرف إلى الحال لأن مريضة اسم نكرة جاء بعد تمام الكلام وصفاً لمعرفة فيكون حالاً، وإن رفع فالأولى وقوع الطلاق في الحال ويكون ذلك وصفاً لطالق الذي هو خبر المبتدأ وإن أسكن احتمل وجهين.

أحدهما: وقوع الطلاق في الحال لأن قوله أنت طالق يقتضي وقوع الطلاق في الحال فقد تيقنا وجود المقتضي وشككنا فيما يمنع لحكمه فلا تزول عن اليقين بالشك.

والثاني: لا يقع إلا في حال مرضها لأن ذكره للمرض في سياق الطلاق يدل على تعليقه به وتأثيره فيه ولا يؤثر فيه إلا إذا كان حالاً.

مسألة: قال: (وإذا قال أنت طالق إذا قدم فلان فقدم به ميتاً أو مكرهاً لم تطلق)

أما إذا قدم به ميتاً أو مكرهاً محمولاً فلا تطلق لأنه لم يقدم إنما قدم به هذا قول الشافعي، ونقل عن أبي بكر أنه يحنث لأن الفعل ينسب إليه ولذلك يقال دخل الطعام البلد إذا حمل إليه، ولو قال أنت طالق إذا دخل الطعام البلد طلقت إذا حمل إليه.

ولنا: إن الفعل ليس منه والفعل لا ينسب إلى غير فاعله إلا مجازاً والكلام عند إطلاقه لحقيقته إذا أمكن، وأما الطعام فلا يمكن وجود الفعل منه حقيقة فتعين حمل الدخول فيه على مجازه، وأما إن قدم بنفسه لإكراه فعلى قول الخرقي لا يحنث وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وقال أبو بكر يحنث وحكاه عن أحمد لأن الفعل منه حقيقة وينسب إليه قال الله تعالى: ﴿وَسِيقَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا إِلَى جَهَنَّمَ زُمَراً حَتَّى إِذَا جَاؤُوهَا﴾ [الزمر: ٧١] ويصح أمر المكره بالفعل قال الله تعالى: ﴿ادْخُلُوا أَبْوَابَ جَهَنَّمَ﴾ [النحل: ٢٩] ولولا أن الفعل يتحقق منه لما

صح أمره به ووجه الأول أنه بالإكراه زال اختياره فإذا وجدت الصفة منه كان كوجود الطلاق منه مكرهاً وهذا فيما إذا أطلق. وإن كانت له نية عليها كلامه وتقيد بها.

فصل: وإن قدم مختاراً حنث الحالف سواء علم القادم باليمين أو جهلها قال أبو بكر الخلال يقع الطلاق قولاً واحداً، وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان القادم ممن لا يمتنع من القدوم بيمينه كالسلطان والحاج والرجل الأجنبي حنث الحالف. ولا يعتبر علمه ولا جهله، وإن كان ممن يمتنع باليمين من القدوم كقرابة لهما أو لأحدهما أو غلام لأحدهما فجهل اليمين أو نسيها فالحكم فيه كما لو حلف على فعل نفسه ففعله ناسياً أو جاهلاً وفي ذلك روايتان كذلك ها هنا وذلك لأنه إذا لم يكن ممن تمنعه اليمين كان تعليقاً للطلاق على صفة ولم يكن يميناً فأشبه ما لو علقه على طلوع الشمس، وإن كان ممن يمتنع كان يميناً فيعذر فيه بالنسيان والجهل وينبغي أن تعتبر على هذا القول نية الحالف وقرائن أحواله الدالة على قصده فإن كان قصده بيمينه منع القادم من القدوم كان يميناً وإن كان قصده جعله صفة في طلاقها مطلقة لم يكن يميناً ويستوي فيه علم القادم وجهله ونسيانه وجنونه وإفاقته مثل أن يقصد طلاقها إذا حصل معها محرمها ولا يطلقها وحدها وتعتبر قرائن الأحوال فمتى علق اليمين على قدوم غائب بعيد يعلم أنه لا يعلم اليمين ولا يمتنع بها أو على فعل صغير أو مجنون أو من لا يمتنع بها لم تكن يميناً، وإن علق ذلك على فعل حاضر يعلم بيمينه ويمتنع لأجلها عن فعل ما علق الطلاق عليه كان يميناً ومتى أشكلت الحال فينبغي أن يقع الطلاق لأن لفظه يقتضي وقوع الطلاق عند وجود هذه الصفة على العموم وإنما يتصرف عن ذلك بدليل فمتى شككنا في الدليل المخصص وجب العمل بمقتضى العموم.

فصل: فإن قال إن تركت هذا الصبي يخرج فأنت طالق فانفلت الصبي بغير اختيارها فخرج فإن كان نوى أن لا يخرج فقد حنث وإن نوى أن لا تدعه لم يحنث نص أحمد على معنى هذا وذلك لأن اليمين إذا وقعت على فعلها فقد فعل الخروج عن غير اختيار منها فكانت كالمكره اذا لم يمكنها حفظه ومنعه، وإن نوى فعله فقد وجد وحنث وإن لم تعلم نيته انصرفت يمينه إلى علها لأنه الذي تناوله لفظه فلا يحنث إلا إذا خرج بتفريطها في حفظه أو اختيارها.

فصل: فإن حلف لا تأخذ حقك مني فأكره على دفعه إليه وأخذه منه قهراً حنث لأن المحلوف عليه فعل الأخذ وقد أخذه مختاراً، وإن أكره صاحب الحق على أخذه خرج على الوجهين فيمن أكره على القدوم، وإن وضعه الحالف في حجره أو بين يديه أو إلى جنبه فلم يأخذه لم يحنث لأن الأخذ ما وجد وإن أخذه الحاكم أو السلطان من الغريم فدفعه إلى المستحق فأخذه فقال القاضي لا يحنث وهو مذهب الشافعي لأنه ما أخذه منه، وإن قال لا تأخذ حقك على حنث لأنه قد أخذ حقه الذي عليه والمنصوص عن أحمد أنه يحنث في الصورتين قال أبو بكر، وهو الذي يقتضيه مذهبه لأن الأيمان عنده على الأسباب لا على الأسماء، ولأنه لو وكل وكيلاً فأخذه منه كان آخذاً لحقه منه عرفاً ويسمى آخذاً قال الله تعالى: ﴿وَأَخَذْنَا مِنْهُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾ [النساء: ٢١] وقال: ﴿وَلَقَدْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَاقَ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ وَبَعَثْنَا مِنْهُمُ ٱثْنَيْ عَشَرَ نَقِيبًا﴾ [المائدة: ١٢] وإن كانت اليمين من صاحب الحق فحلف لا أخذت حقي منك فالتفريع فيها

كالتي قبلها فإن تركها الغريم في أثناء متاع في خرج ثم دفع الخرج إلى الحالف فأخذه ولم يعلم أنها فيه لم يحنث لأن هذا ليس بمعدود أخذاً ولا يبرأ به الغريم منها فإن كانت اليمين لا أعطيتك حقك فأخذه الحاكم منه كرهاً فدفعه إلى الغريم لم يحنث، وإن أكرهه على دفعه إليه فدفعه خرج على الوجهين في المكره، وإن أعطاه باختياره حنث، وإن وضعه في حجره أو جيبه أو صندوقه وهو يعلم حنث لأنه أعطاه، وإن دفعه إلى الحاكم اختياراً ليدفعه إلى الغريم فدفعه أو أخذه من ماله باختياره فدفعه إلى الغريم حنث، وقال القاضي لا يحنث وقياس المذهب أنه يحنث لأنه أوصله إليه مختاراً فأشبه ما لو دفعه إلى وكيله فأعطاه إياه ولأن الأيمان على الأسباب لا على الأسماء على ما ذكرنا فيما مضى.

فصل: فإن قال إن رأيت أباك فأنت طالق فرأته ميتاً أو نائماً أو مغمى عليه أو رأته من خلف زجاج أو جسم شفاف طلقت لأنها رأته وإن رأت خياله في ماء أو مرآة أو صورته على حائط أو غيره لم تطلق لأنها لم تره، وإن أكرهت على رؤيته خرج على الوجهين.

مسألة: قال: (وإذا قال لمدخول بها أنت طالق أنت طالق لزمه تطليقتان إلا أن يكون أراد بالثانية إفهامها أن قد وقعت بها الأولى فتلزمه واحدة وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى ولم يلزمها ما بعدها لأنه ابتداء كلام)

وجملة ذلك: أنه إذا قال لامرأته المدخول بها أنت طالق مرتين ونوى بالثانية إيقاع طلقة ثانية وقعت بها طلقتان بلا خلاف، وإن نوى بها إفهامها أن الأولى قد وقعت بها أو التأكيد لم تطلق إلا واحدة وإن لم تكن له نية وقع طلقتان وبه قال أبو حنيفة ومالك وهو الصحيح من قولي الشافعي، وقال في الآخر تطلق واحدة لأن التكرار يكون للتأكيد والإفهام ويحتمل الإيقاع فلا توقع طلقة بالشك.

ولنا: إن هذا اللفظ للإيقاع ويقتضي الوقوع بدليل ما لو لم يتقدمه مثله وإنما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد والإفهام فإذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه كما يجب العمل بالعموم في العام إذا لم يوجد المخصص وبالإطلاق في المطلق إذا لم يوجد المقيد، فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا طلقة واحدة سواء نوى الإيقاع أو غيره وسواء قال ذلك منفصلاً أو متصلاً وهذا قول أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث وعكرمة والنخعي وحماد بن أبي سليمان والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبي عبيد وابن المنذر، وذكره الحكم عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود، وقال مالك والأوزاعي والليث يقع بها تطليقتان، وإن قال ذلك ثلاثاً طلقت ثلاثاً إذا كان متصلاً لأنه طلق ثلاثاً بكلام متصل أشبه قوله أنت طالق ثلاثاً.

ولنا: إنه طلاق مفرق في غير المدخول بها فلم تقع الأولى كما لو فرق كلامه ولأن غير المدخول بها تبين بطلقة لأنه لا عدة عليها فتصادفها الطلقة الثانية بائناً فلم يمكن وقوع الطلاق بها لأنها غير زوجة وإنما تطلق الزوجة ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فيكون إجماعاً.

فصل: فإن قال أنت طالق ثم مضى زمن طويل ثم أعاد ذلك للمدخول بها طلقت ثانية ولم يقبل قوله نويت التوكيد لأن التوكيد تابع للكلام فشرطه أن يكون متصلاً به كسائر التوابع من العطف والصفة والبدل.

فصل: وكل طلاق يترتب في الوقوع ويأتي بعضه بعد بعض لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من طلقة واحدة لما ذكرناه ويقع بالمدخول بها ثلاث إذا أوقعها مثل قوله أنت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق أو أنت طالق ثم طالق وطالق أو فطالق وأشباه ذلك لأن هذه حروف تقتضي الترتيب فتقع بها الأولى فتبينها فتأتي الثانية فتصادفها بائناً غير زوجة فلا تقع بها، وأما المدخول بها فتأتي الثانية فتصادف محل النكاح فتقع وكذلك الثالثة، وكذلك لو قال أنت طالق بل طالق وطالق ذكره أبو الخطاب.

ولو قال أنت طالق طلقة قبل طلقة أو بعد طلقة أو بعدها طلقة أو طلقة فطلقة أو طلقة ثم طلقة وقع بغير المدخول بها طلقة وبالمدخول بها طلقتان لما ذكرنا من أن هذا يقتضي طلقة بعد طلقة.

فصل: وإن قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة فكذلك ذكره القاضي. وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لا يقع بغير المدخول بها شيء بناء على قولهم في المسألة السريجية، وقال أبو بكر يقع طلقتان وهو قول أبي حنيفة لأنه استحال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة فوقعت معها لأنها لما تأخرت عن الزمن الذي قصد إيقاعها فيه لكونه زمناً ماضياً وجب إيقاعها في أقرب الأزمنة إليه وهو معها ولا يلزم تأخرها إلى ما بعدها لأن قبله زمن يمكن الوقوع فيه وهو زمن قريب فلا يؤخر إلى البعيد مع إمكان القريب.

ولنا: إن هذا طلاق بعضه قبل بعض فلم يقع بغير المدخول بها جميعه كما لو قال طلقة بعد طلقة ولا يمتنع أن يقع المتأخر في لفظه متقدماً كما لو قال طلقة بعد طلقة أو قال أنت طالق طلقة غداً وطلقة اليوم ولو قال جاء زيد بعد عمرو أو جاء زيد وقبله عمرو أو أعط زيداً بعد عمرو وكان كلاماً صحيحاً يفيد تأخير المتقدم لفظاً عن المذكور بعده وليس هذا طلاقاً في زمن ماض وإنما يقع إيقاعه في المستقبل مرتباً على الوجه الذي رتبه، ولو قدر أن إحداهما موقعة في زمن ماض لامتنع وقوعها وحدها ووقعت الأخرى وحدها وهذا تعليل القاضي لكونه لا يقع إلا واحدة والأول من التعليل أصح إن شاء الله تعالى.

فصل: فإن قال أنت طالق طلقة معها طلقة وقع بها طلقتان وإن قال معها اثنتان وقع بها ثلاث في قياس المذهب وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وقال أبو يوسف يقع طلقة لأن الطلقة إذا وقعت مفردة لم يمكن أن يكون معها شيء.

ولنا: إنه أوقع ثلاث طلقات بلفظ يقتضي وقوعهن معاً فوقعن كلهن كما لو قال أنت طالق ثلاثاً، ولا نسلم أن الطلقة تقع مفردة فإن الطلاق لا يقع بمجرد التلفظ به إذ لو وقع

بذلك لما صح تعليقه بشرط ولا صح وصفه بالثلاث ولا بغيرها. وكذلك الحكم لو قال إذا طلقتك فأنت طالق معها طلقة ثم قال أنت طالق فإنها تطلق طلقتين لما ذكرنا.

فصل: فإن قال أنت طالق طلقة بعدها طلقة ثم قال أردت أني أوقع بعدها طلقة دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين، وإن قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة وقال أردت أني طلقتها قبل هذا في نكاح آخر أو أن زوجاً قبلي طلقها دين وهل يقبل في الحكم؟ على ثلاثة أوجه. **أحدها**: يقبل. **والآخر**: لا يقبل. **والثالث**: يقبل إن كان وجد وإن لم يكن وجد لم يقبل. والصحيح أنه إذا لم يكن وجد لا يقبل لأنه لا يحتمل ما قاله.

فصل: فإن قال أنت طالق طالق طالق وقال أردت التوكيد قبل منه لأن الكلام يكرر للتوكيد كقوله عليه السلام: «فنكاحها باطل باطل باطل» وإن قصد الإيقاع وكرر الطلقات طلقت ثلاثاً، وإن لم ينو شيئاً لم يقع إلا واحدة لأنه لم يأت بينها بحرف يقتضي المغايرة فلا يكن متغايرات، وإن قال أنت طالق وطالق وطالق وقال أردت بالثانية التأكيد لم يقبل لأنه غاير بينها وبين الأولى بحرف يقتضي العطف والمغايرة وهذا يمنع التأكيد وأما الثالثة فهي كالثانية في لفظها، فإن قال أردت بها التوكيد دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين. **إحداهما**: يقبل وهو مذهب الشافعي لأنه كرر لفظ الطلاق مثل الأول فقبل تفسيره بالتأكيد كما لو قال أنت طالق أنت طالق.

والثانية: لا يقبل لأن حرف العطف للمغايرة فلا يقبل ما يخالف ذلك كما لا يقبل في الثانية ولو قال أنت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق فالحكم فيها كالتي عطفها بالواو، وإن غاير بين الحروف فقال أنت طالق وطالق ثم طالق أو طالق ثم طالق وطالق أو طالق وطالق فطالق ونحو ذلك لم يقبل في شيء منها إرادة التوكيد لأن كل كلمة مغايرة لما قبلها مخالفة لها في لفظها والتوكيد إنما يكون بتكرير الأول بصورته.

فصل: ولو قال أنت مطلقة أنت مسرحة أنت مفارقة وقال أردت التوكيد بالثانية والثالثة قبل لأنه لم يغاير بينها بالحروف الموضوعة للمغايرة بين الألفاظ بل أعاد اللفظة بمعناها ومثل هذا يعاد توكيداً وإن قال أنت مطلقة ومسرحة ومفارقة وقال أردت التوكيد احتمل أن يقبل منه لأن اللفظ المختلف يعطف بعضه على بعض توكيداً كقوله: (فألقى قولها كذباً وميناً) ويحتمل أن لا يقبل لأن الواو تقتضي المغايرة فأشبه ما لو كان بلفظ واحد.

مسألة: قال: (وإذا قال لغير مدخول بها أنت طالق وطالق وطالق لزمه الثلاث لأنه نسق وهو مثل قوله أنت طالق ثلاثاً)

وبهذا قال مالك والأوزاعي والليث وربيعة وابن أبي ليلى وحكي عن الشافعي في القديم ما يدل عليه، وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لا يقع إلا واحدة لأنه أوقع الأولى قبل الثانية فلم يقع عليها شيء آخر كما لو فرقها.

ولنا: إن الواو تقتضي الجمع ولا ترتيب فيها فيكون موقعاً للثلاث جميعاً فيقعن عليها كقوله أنت طالق ثلاثاً أو طلقة معها طلقتان، ويفارق ما إذا فرقها فإنها لا تقع جميعاً وكذلك إذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضي الترتيب فإن الأولى تقع قبل الثانية بمقتض إيقاعه وها هنا لا تقع الأولى حين نطقه بها حتى يتم كلامه بدليل أنه لو ألحقه استثناء أو شرطاً أو صفة لحق به ولم يقع الأول مطلقاً ولو كان يقع حين تلفظه لم يلحقه شيء من ذلك، وإذا ثبت أنه يقف وقوعه على تمام الكلام فإنه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذي اقتضاه لفظه، ولفظه يقتضي وقوع الطلقات الثلاث مجتمعات وهو معنى قول الخرقي لأنه نسق أي غير مفترق، فإن قيل: إنما وقف أول الكلام على آخره مع الشرط والاستثناء لأنه مغير له، والعطف لا يغير، فلا يقف عليه ونتبين أنه وقع أول ما لفظ به، ولذلك لو قال لها أنت طالق بما يخصه بزمن أو يقيده بقيد كالشرط وإما بما يمنع بعضه كالاستثناء وإما بما يبين عدد الواقع كالصفة بالعدد وأشباه هذا فيجب أن يكون واقعاً ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال، لأنه لو قال لها أنت طالق ثلاثاً فوقعت بها طلقة قبل قوله ثلاثاً لم يمكن أن يقع بها شيء آخر، أما إذا قال أنت طالق أنت طالق فهاتان جملتان لا تتعلق إحداهما بالأخرى ولو تعقب إحداهما شرط أو استثناء أو صفة لم يتناول الأخرى ولا وجه لوقوف إحداهما على الأخرى والمعطوف مع المعطوف عليه شيء واحد لو تعقبه شرط لعاد إلى الجميع، لأن المعطوف لا يستقل بنفسه ولا يفيد بمفرده بخلاف قوله أنت طالق فإنها جملة مفيدة لا تعلق لها بالأخرى فلا يصح قياسها عليها.

فصل: فإن قال أنت طالق طلقتين ونصفاً فهي عندنا كالتي قبلها يقع الثلاث، وقال مخالفونا يقع طلقتان، وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق وكرر ذلك ثلاثاً فدخلت طلقت ثلاثاً في قول الجميع لأن الصفة وجدت فاقتضى وقوع الثلاث دفعة واحدة، وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق فدخلت الدار طلقت ثلاثاً وبه قال أبو يوسف ومحمد وأصحاب الشافعي في أحد الوجهين وقال أبو حنيفة يقع واحدة لأن الطلاق المعلق إذا وجدت الصفة ن كأنه أوقعه في تلك الحال على صفته ولو أنه أوقعه كذلك لم يقع إلا واحدة.

ولنا: إنه وجد شرط وقوع ثلاث طلقات غير مرتبات فوقع الثلاث كالتي قبلها، وإن قال إذا دخلت الدار فأنت طالق طلقة معها طلقتان فدخلت طلقت ثلاثاً وذكر مثل هذا بعض أصحاب الشافعي ولم يحك عنهم فيه خلافاً.

فصل: وإن قال لغير مدخول بها أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار، أو إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق، أو إن دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت واحدة فبانت بها ولم يقع غيرها. وبهذا قال الشافعي، وذهب القاضي إلى أنها تطلق في الحال واحدة تبين بها وهو قول أبي حنيفة في الصورة الأولى لأن ثم تقطع الأولى عما بعدها لأنها للمهلة فتكون الأولى موقعة والثانية معلقة بالشرط، وقال أبو يوسف ومحمد لا يقع حتى تدخل الدار فيقع بها ثلاث لأن دخول الدار شرط لثلاث فوقعت كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق.

ولنا: إن ثم للعطف وفيها ترتيب فتعلقت التطليقات كلها بالدخول لأن العطف لا يمنع تعليق الشرط بالمعطوف عليه ويجب الترتيب فيها كما يجب لو لم يعلقه بالشرط وفي هذا انفصال عما ذكروه ولأن الأولى تلي الشرط فلم يجز وقوعها بدونه كما لم يعطف عليها، ولأنه جعل الأولى جزاء للشرط وعقبه إياها بفاء التعقيب الموضوعة للجزاء فلم يجز تقديمها عليه كسائر نظائره، ولأنه لو قال إن دخل زيد داري فأعطه درهماً لم يجز أن يعطيه قبل دخوله فكذا ها هنا وما ذكروه تحكم ليس له شاهد في اللغة ولا أصل في الشرع.

فصل: وإن قال لمدخول بها إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق لم يقع بها شيء حتى تدخل الدار فتقع بها الثلاث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وذهب القاضي إلى وقوع طلقتين في الحال وتبقى الثالثة معلقة بالدخول وهو ظاهر الفساد فإنه يجعل الشرط المتقدم للمعطوف دون المعطوف عليه ويعلق به ما يبعد عنه دون ما يليه ويجعل جزاء ما لم توجد فيه الفاء التي يجازي بها دون ما وجدت فيه تحكماً لا يعرف عليه دليل ولا نعلم له نظيراً، وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت ثلاثاً في قولهم جميعاً.

مسألة: قال: (وإذا طلق ثلاثاً وهو ينوي واحدة فهي ثلاث)

وجملة ذلك: أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً فهي ثلاث وإن نوى واحدة لا نعلم فيه خلافاً لأن اللفظ صريح في الثلاث والنية لا تعارض الصريح لأنها أضعف من اللفظ ولذلك لا تعمل بمجردها والصريح قوي يعمل بمجرده من غير نية فلا يعارض القوي بالضعيف كما لا يعارض النص بالقياس ولأن النية إنما تعمل في صرف اللفظ إلى بعض محتملاته والثلاث نص فيها لا يحتمل الواحدة بحال فإذا نوى واحدة فقد نوى ما لا يحتمله فلا يصح كما لو قال له علي ثلاثة دراهم وقال أردت واحداً.

مسألة: قال: (وإن طلق واحدة وهو ينوي ثلاثاً فهي واحدة)

أما إذا قال أنت طلق واحدة ونوى الثلاث لم يقع إلا واحدة لأن لفظه لا يحتمل أكثر منها، فإذا نوى ثلاثاً فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية ومجرد النية لا يقع بها طلاق وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يقع ثلاث لأنه يحتمل واحدة معها اثنتان. وهذا فاسد فإن قوله معها اثنتان لا يؤديه معنى الواحدة ولا يحتمله فنيته فيه نية مجردة فلا تعمل كما لو نوى الطلاق من غير لفظ، وأما إذا قال أنت طالق ونوى ثلاثاً فهذا فيه روايتان:

إحداهما: لا يقع إلا واحدة وهو قول الحسن وعمرو بن دينار والثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي لأن هذا اللفظ لا يتضمن عدداً ولا بينونة فلم تقع به الثلاث كما لو قال أنت طالق واحدة، بيانه أن قوله أنت طالق إخبار عن صفة هي عليها فلم يتضمن العدد كقوله قائمة وحائض وطاهر.

والرواية الثانية: إذا نوى ثلاثاً وقع الثلاث وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وابن المنذر لأنه لفظ لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثاً فإذا نوى به الثلاث كان ثلاثاً كالكنايات ولأنه نوى بلفظه ما يحتمله فوقع ذلك به كالكناية وبيان احتمال اللفظ للعدد أنه يصح تفسيره به فيقول أنت طالق ثلاثاً ولأن قوله طالق اسم فاعل واسم الفاعل يقتضي المصدر كما يقتضيه الفعل والمصدر يقع على القليل والكثير، وفارق قوله أنت حائض وطاهر لأن الحيض والطهر لا يمكن تعدده في حقها والطلاق يمكن تعدده.

فصل: فإن قال أنت طالق طلاقاً ونوى ثلاثاً وقع لأنه صرح بالمصدر والمصدر يقع على القليل والكثير فقد نوى بلفظه ما يحتمله وإن نوى واحدة فهي واحدة وإن أطلق فهي واحدة لأنه اليقين، وإن قال أنت طالق الطلاق وقع ما نواه وإن لم ينو شيئاً فحكى فيها القاضي روايتين. إحداهما: يقع الثلاث نص عليها أحمد في رواية مهنا لأن الألف واللام للاستغراق فيقتضي استغراق الكل وهو ثلاث. والثانية: أنها واحدة لأنه يحتمل أن تعود الألف واللام إلى معهود يريد الطلاق الذي أوقعته ولأن اللام في أسماء الأجناس تستعمل لغير الاستغراق كثيراً كقوله ومن أكره على الطلاق ـ وإذا عقل الصبي الطلاق ـ واغتسلت بالماء ـ وتيممت بالتراب ـ وقرأت العلم والحديث والفقه ـ هذا مما يراد به ذلك الجنس ولا يفهم منه الاستغراق فعند ذلك لا يحمل على التعميم إلا بنية صارفة إليه، وهكذا لو قال لامرأته أنت الطالق فإن أحمد قال إن أراد ثلاثاً فهي ثلاث وإن نوى واحدة فهي واحدة وإن لم ينو شيئاً فكلام أحمد يقتضي أن تكون ثلاثاً لأنه قال أنت الطلاق فهذا قد بين أي شيء بقي هي ثلاث، وهذا اختيار أبي بكر ويخرج فيها أنها واحدة بناء على المسألة قبلها ووجه القولين ما تقدم، ومما بين أنه يراد بها الواحد قول الشاعر:

فأنت الطلاق وأنت الطلاق وأنت الطلاق ثلاثاً تماما

فجعل المكرر ثلاثاً ولو كان للاستغراق لكان ذلك تسعاً.

فصل: ولو قال الطلاق يلزمني أو الطلاق لي لازم فهو صريح فإنه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وقالوا إذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه ولعلهم أرادوا لزمه حكمه فحذفوا المضاف وأقاموا المضاف إليه مقامه ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية وانغمرت الحقيقة فيه ويقع به ما نواه من واحدة أو اثنتين أو ثلاث وإن أطلق ففيه روايتان وجههما ما تقدم، وإن قال عليَّ الطلاق فهو بمثابة قوله: الطلاق يلزمني لأن من لزمه شيء فهو عليه كالدين، وقد اشتهر استعمال هذا في إيقاع الطلاق، ويخرج فيه في حالة الإطلاق الروايتان هل هو ثلاث أو واحدة؟ والأشبه في هذا جميعه أن يكون واحدة لأن أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثاً ولا يعلمون أن الألف واللام للاستغراق ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثاً ولا يعتقد أنه طلق إلا واحدة، فمقتضى اللفظ في ظنهم واحدة فلا يريدون إلا ما يعتقدونه مقتضًى للفظهم فيصير كأنهم نووا الواحدة.

فصل: وإن قال أنت طالق للسنة طلقت واحدة في وقت السنة، وذهب أبو حنيفة إلى أنها تطلق ثلاثاً في ثلاثة قروء بناء منه على أن هذا هو السنة وقد بينا أن طلاق السنة طلقة واحدة في طهر لم يصبها فيه، وإن قال أنت طالق طلاق السنة وقعت بها واحدة في طهر لم يصبها فيه أيضاً إلا أن ينوي الثلاث فتكون ثلاثاً لأنه ذكر المصدر والمصدر يقع على الكثير والقليل بخلاف التي قبلها.

فصل: وإن قال العجمي بهشتم لبسيار طلقت امرأته ثلاثاً نص عليه أحمد لأن معناه أنت طالق كثيراً، وإن قال بهشتم فحسبت (بالفارسية) طلقت واحدة إلا أن ينوي ثلاثاً فتكون ثلاثاً، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور، وقال القاضي: يتخرج فيه روايتان بناء على قوله: أنت طالق لأن هذا صريح وذاك صريح فهما سواء. والصحيح أنه يقع ما نواه لأن معناها خليتك، وخليتك يقع بها ما نواه وكذا ها هنا وإنما صارت صريحة لشهرة استعمالها في الطلاق وتعينها له وذلك لا ينفي معناها ولا يمنع العمل به إذا أراده، وإن قال فارقتك أو سرحتك ونوى واحدة أو أطلق فهي واحدة وإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث لأنه فعل يمكن أن يعبر به عن القليل والكثير وكذلك لو قال طلقتك.

فصل: ولا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا في موضعين. **أحدهما**: من لا يقدر على الكلام كالأخرس وإذا طلق بالإشارة طلقت زوجته وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنه لا طريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة فقامت إشارته مقام الكلام من غير نية كالنكاح فأما للقادر فلا يصح طلاقه بالإشارة كما لا يصح نكاحه بها فإن أشار الأخرس بأصابعه الثلاث إلى الطلاق طلقت ثلاثاً لأن إشارته جرت مجرى نطق غيره. ولو قال الناطق أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث لم يقع إلا واحدة لأن إشارته لا تكفي، وإن قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثاً لأن قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالأصابع في العدد وذلك يصلح بياناً كما قال النبي ﷺ: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا» وأشار بيده مرة ثلاثين ومرة تسعاً وعشرين وإن قال أردت الإشارة بالإصبعين المقبوضتين قبل منه لأنه يحتمل ما يدعيه.

الموضع الثاني: إذا كتب الطلاق فإن نواه طلقت زوجته وبهذا قال الشعبي والنخعي والزهري والحكم وأبو حنيفة ومالك وهو المنصوص عن الشافعي، وذكر بعض أصحابه أن له قولاً آخر أنه لا يقع به طلاق، وإن نواه لأنه فعل من قادر على التطليق فلم يقع به الطلاق كالإشارة.

ولنا: إن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فإذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدلالة أن النبي ﷺ كان مأموراً بتبليغ رسالته، فحصل ذلك في حق البعض بالقول وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق فأما إن كتب ذلك من غير نية فقال أبو

الخطاب قد خرجها القاضي الشريف في الإرشاد على روايتين. **إحداهما**: يقع وهو قول الشعبي والنخعي والزهري والحكم لما ذكرنا. **والثانية**: لايقع إلا بنية وهو قول أبي حنيفة ومالك ومنصوص الشافعي لأن الكتابة محتملة فإنه يقصد بها تجربة القلم وتجويد الخط وغم الأهل فلم يقع من غير نية ككنايات الطلاق فإن نوى بذلك تجويد خطه أو تجربة قلمه لم يقع لأنه لو نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقع فالكتابة أولى وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى، ويقبل أيضاً في الحكم في أصبح الوجهين لأنه يقبل ذلك في اللفظ الصريح في أحد الوجهين فها هنا مع أنه ليس بلفظ أولى، وإن قال نويت غم أهلي فقد قال في رواية أبي طالب فيمن كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق وقع، وإن أراد أن يغم أهله فقد عمل في ذلك أيضاً يعني أنه يؤاخذ به لقول النبي ﷺ: «إن الله عفا لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل به» فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق لأن غم أهله يحصل بالطلاق فيجتمع غم أهله ووقع طلاقه، كما لو قال أنت طالق يريد به غمها، ويحتمل أن لا يقع لأنه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقته فلا يكون ناوياً للطلاق، والخبر إنما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به أو الكلام، وهذا لم ينو طلاقاً فلا يؤاخذ به.

فصل: وإن كتبه بشيء لا يبين مثل أن كتبه بأصبعه على وسادة أو الهواء فظاهر كلام أحمد أنه لا يقع، وقال أبو حفص العكبري يقع، ورواه الأثرم عن الشعبي لأنه كتب حروف الطلاق فأشبه ما لو كتبه بشيء يبين، والأول أولى لأن الكتاب التي لا تبين كالهمس بالفم بما لا يتبين وثم لا يقع فها هنا أولى.

فصل: إذا كتب لزوجته أنت طالق ثم استمد فكتب إذا أتاك كتابي أو علقه بشرط أو استثناء وكان في حال كتابته للطلاق مريداً للشرط لم يقع طلاقه في الحال لأنه لم ينو الطلاق في الحال بل نواه في وقت آخر وإن نوى الطلاق في الحال غير معلق بشرط طلقت للحال وإن لم ينو شيئاً وقلنا إن المطلق يقع به الطلاق نظرنا فإن كان استمداداً لحاجة أو عادة لم يقع طلاق قبل وجود الشرط لأنه لو قال أنت طالق ثم أدركه النفس أو شيء يسكته فسكت لذلك ثم أتى بشرط تعلق به فالكتابة أولى وإن استمد لغير حاجة ولا عادة وقع الطلاق كما لو سكت بعد قوله أنت طالق لغير حاجة ثم ذكر شرطاً، وإن قال إنني كتبته مريداً للشرط فقياس قول أصحابنا أنها لا تطلق قبل الشرط إلا أنه يدين، وهل يقبل في الحكم؟ على وجهين بناء على قولهم فيمن قال أنت طالق ثم قال أردت تعليقه على شرط، وإن كتب إلى امرأته: أما بعد فأنت طالق طلقت في الحال سواء وصل إليها الكتاب أو لم يصل وعدتها من حين كتبه، وإن كتب إليها إذا وصلك كتابي فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت عند وصوله إليها، وإن ضاع ولم يصلها لم تطلق لأن الشرط وصوله؛ وإن ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصل الكاغد لم تطلق لأنه ليس بكتاب، وكذلك إن انطمس ما فيه لعرق أو غيره لأن الكتاب عبارة عما فيه الكتابة، وإن ذهبت حواشيه أو تخرق منه شيء لا يخرجه عن كونه كتاباً ووصل باقيه طلقت لأن الباقي كتاب وإن تخرق بعض ما فيه الكتابة سوى ما فيه ذكر الطلاق فوصل طلقت لأن الاسم باق فينصرف الاسم

إليه وإن تخرق ما فيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق لأن المقصود ذاهب فإن قال لها إذا أتاك طلاقي فأنت طالق ثم كتب إليها إذا أتاك كتابي فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت طلقتين لوجود الصفتين في مجيء الكتاب، فإن قال أردت إذا أتاك كتابي فأنت طالق بذلك الطلاق الذي علقته دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين.

فصل: ولا يثبت الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه، قال أحمد في رواية حرب في امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق: لا تتزوج حتى يشهد عندها شهود عدول. قيل له فإن شهد حامل الكتاب؟ قال لا إلا شاهدان فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره لأن الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين ككتاب القاضي وظاهر كلام أحمد أن الكتاب يثبت عندها بشهادتها بين يديها وإن لم يشهدا به عند الحاكم أن الكتاب يثبت عندها بشهادتها بين يديها وإن لم يشهدا به عند الحاكم لأن أثره في حقها في العدة وجواز التزويج بعد انقضائها، وهذا معنى يختص به لا يثبت به حق على الغير فاكتفى فيه بسماعها للشهادة، ولو شهد شاهدان أن هذا خط فلان لم يقبل لأن الخط يشبه به ويزور، ولهذا لم يقبله الحاكم، ولو اكتفي بمعرفة الخط لاكتفى بمعرفتها له من غير شهادة.

وذكر القاضي أنه لا يصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة. وهذا مذهب الشافعي. والصحيح أن هذا ليس بشرط فإن كتاب القاضي لا يشترط فيه ذلك فهذا أولى. وقد يكون صاحب الكتاب لا يعرف الكتابة وإنما يستنيب فيها وقد يستنيب فيها من يعرفها بل متى أتاها بكتاب وقرأه عليها وقال هذا كتابي كان لهما أن يشهدا به.

باب الطلاق بالحساب

مسألة: قال: (وإذا قال لها نصفك طالق أو يدك أو عضو من أعضائك طالق أو قال لها أنت طالق نصف تطليقة أو ربع تطليقة وقعت بها واحدة)

الكلام في هذه المسألة في فصلين. أحدهما: أنه إذا طلق جزءاً منها. والثاني: إذا طلق جزءاً من طلقة. فأما الأول فإنه متى طلق من المرأة جزءاً من أجزائها الثابتة طلقت كلها سواء كان جزءاً شائعاً كنصفها أو سدسها أو جزءاً من ألف جزء منها، أو جزءاً معيناً كيدها أو رأسها أو أصبعها وهذا قول الحسن ومذهب الشافعي وأبي ثور وابن القاسم صاحب مالك ومذهب أصحاب الرأي إلا أنه إن أضافه إلى جزء شائع أو واحد من أعضاء خمسة: الرأس، والوجه، والرقبة، والظهر، والفرج، طلقت، وإن أضافه إلى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق لأنه جزء تبقى الجملة منه بدونه أو جزء لا يعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة بإضافة الطلاق إليه كالسن والظفر.

ولنا: إنه أضاف الطلاق إلى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح فأشبه الجزء الشائع والأعضاء الخمسة ولأنها جملة لا تتبعض في الحل والحرمة وجد فيها ما يقتضي التحريم والإباحة فغلب فيها حكم التحريم كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل صيد وفارق ما قاسوا عليه فإنه ليس بثابت والشعر والظفر ليس بثابت فإنهما يزولان ويخرج غيرهما ولا ينقض مسهما الطهارة.

الفصل الثاني: إذا طلقها نصف تطليقة أو جزءاً منها، وإن قال فإنه يقع بها طلقة كاملة في قول عامة أهل العلم إلا داود قال: لا تطلق بذلك. قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنها تطلق بذلك منهم الشعبي والحارث العكلي والزهري وقتادة والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد قال أبو عبيد وهو قول مالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق وذلك لأن ذكر بعض ما لا يتبعض ذكر لجميعه كما لو قال نصفك طالق.

فصل: فإن قال أنت طالق نصفي طلقة وقعت طلقة لأن نصفي الشيء كله وإن قال ثلاثة أنصاف طلقة طلقت طلقتين لأن ثلاثة أنصاف طلقة ونصف فكمل النصف فصارا طلقتين، وهذا وجه لأصحاب الشافعي، ولهم وجه آخر أنها لا تطلق إلا واحدة لأنه جعل الأنصاف من طلقة واحدة فيسقط ما ليس منها وتقع طلقة ولا يصح لأن إسقاط الطلاق الموقع من الأهل في المحل لا سبيل إليه وإنما الإضافة إلى الطلقة الواحدة غير صحيح فلغت الإضافة.

وإن قال أنت طالق طلقتين طلقت واحدة لأن نصف الطلقتين طلقة، وذكر أصحاب الشافعي وجهاً آخر أنه يقع طلقتان لأن اللفظ يقتضي النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل وما ذكرناه أولى لأن التنصيف يتحقق به وفيه عمل باليقين وإلغاء الشك وإيقاع ما أوقعه من غير زيادة فكان أولى، وإن قال أنت طالق نصفي طلقتين وقعت طلقتان لأن نصفي الشيء جميعه فهو كما لو قال أنت طالق طلقتين، وإن قال أنت طالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقتين لأن نصفها طلقة ونصف ثم يكمل النصف فتصير طلقتين.

فصل: وإن قال أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقة وقعت طلقة لأنها أجزاء الطلقة، ولو قال: أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فقال أصحابنا يقع ثلاث لأنه عطف جزءاً من طلقة على جزء من طلقة فظاهره أنها طلقات متغايرة ولأنها لو كانت الثانية هي الأولى لجاء بها بلام التعريف فقال ثلث الطلقة وسدس الطلقة، فإن أهل العربية قالوا إذا ذكر لفظ ثم أعيد منكراً فالثاني غير الأول وإن أعيد معرفاً بالألف واللام فالثاني هو الأول كقوله تعالى: ﴿إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْراً* إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْراً﴾ [الشرح: ٥،٦] فالعسر الثاني هو الأول لإعادته معرفاً واليسر الثاني غير الأول لإعادته منكراً. ولهذا قيل: «لن يغلب عسر يسرين» وقيل لو أراد بالثانية الأولى لذكرها بالضمير لأنه الأولى.

وإن قال أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة طلقت طلقة لأنه لم يعطف بواو العطف، فيدل على أن هذه الأجزاء من طلقة غير متغايرة ولأنه يكون الثاني ها هنا بدلاً من الأول والثالث من الثاني والبدل هو المبدل أو بعضه فلم يقتض المغايرة وعلى هذا التعليل لو قال أنت طالق طلقة نصف طلقة أو طلقة طلقة لم تطلق إلا طلقة، فإن قال أنت طالق نصفاً وثلثاً وسدساً لم يقع إلا طلقة لأن هذه أجزاء الطلقة إلا أن يريد من كل طلقة جزءاً فتطلق ثلاثاً.

ولو قال أنت طالق نصفاً وثلثاً وربعاً طلقت طلقتين لأنه يزيد على الطلقة نصف سدس ثم يكمل، وإن أراد من كل طلقة جزءاً طلقت ثلاثاً، وإن قال أنت طلقة أو أنت نصف طلقة أو أنت نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو أنت نصف طالق وقع بها طلقة بناء على قولنا في أنت الطلاق أنه صريح في الطلاق وها هنا مثله.

فصل: فإن قال لأربع نسوة له أوقعت بينكن طلقة طلقت كل واحدة منهن طلقة، كذلك قال الحسن والشافعي وابن القاسم وأبو عبيد وأصحاب الرأي لأن اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربعها ثم تكملت وإن قال بينكن طلقة فكذلك نص عليه أحمد لأن معناه

أوقعت بينكن طلقة، وإن قال أوقعت بينكن طلقتين وقع بكل واحدة طلقة ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي، وقال أبو بكر والقاضي تطلق كل واحدة طلقتين، ويروى عن أحمد ما يدل عليه فإنه روي عنه في رجل قال أوقعت بينكن ثلاث تطليقات: ما أرى إلا قد بن منه، لأننا إذا قسمنا كل طلقة بينهن حصل لكل واحدة جزءان من طلقتين ثم تكمل، والأول أولى لأنه لو قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة ويكمل نصيبها من الطلاق في واحدة فيكون لكل واحدة نصف ثم يكمل طلقة واحدة، وإنما يقسم بالأجزاء مع الاختلاف كالدور ونحوها من المختلفات أما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فإنما تقسم برؤوسها ويكمل نصيب كل واحد من واحد كأربعة لهم درهمان صحيحان فإنه يجعل لكل واحد نصف من درهم واحد والطلقات لا اختلاف فيها ولأن فيما ذكرناه أخذاً باليقين فكان أولى من إيقاع طلقة زائدة بالشك، فإن أراد قسمة كل طلقة بينهن فهو على ما قال أبو بكر، وإن قال أوقعت بينكن ثلاث طلقات أو أربع طلقات فعلى قولنا تطلق كل واحدة طلقة وعلى قولهما يطلقن ثلاثاً ثلاثاً، وإن قال أوقعت بينكن خمس طلقات وقع بكل واحدة طلقتان، كذلك قال الحسن وقتادة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لأن نصيب كل واحدة طلقة وربع ثم تكمل، وكذلك إن قال ستاً أو سبعاً أو ثمانياً، وإن قال أوقعت بينكن تسعاً طلقن ثلاثاً ثلاثاً.

فصل: فإن قال أوقعت بينكن طلقة طلقة طلقة وقع بكل واحدة منهن ثلاث لأنه لما عطف وجب قسم كل طلقة على حدتها ويستوي في ذلك المدخول بها وغيرها في قياس المذهب لأن الواو لا تقتضي ترتيباً، وإن قال: أوقعت بينكن نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فكذلك لأن هذا يقتضي وقوع ثلاث على ما قدمنا. وإن قال: أوقعت بينكن طلقة فطلقة فطلقة أو طلقة ثم طلقة ثم طلقة أو أوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة طلقن ثلاثاً، إلا التي لم يدخل بها فإنها لا تطلق إلا واحدة لأنها بانت بالأولى فلم يلحقها ما بعدها.

فصل: فإن قال لنسائه أنتن طوالق ثلاثاً أو طلقتكن ثلاثاً طلقن ثلاثاً ثلاثاً نص عليه أحمد. لأن قوله طلقتكن يقتضي تطليق كل واحدة منهن وتعميمهن به ثم وصف ما عمهن به من الطلاق بأنه ثلاث فصار لكل واحدة ثلاث بخلاف قوله أوقعت بينكن ثلاثاً فإنه يقتضي قسمة الثلاث عليها لكل واحدة منهن جزء منها وجزء الواحدة من الثلاث ثلاثة أرباع تطليقة.

مسألة: قال: (وإن قال لها شعرك أو ظفرك طالق لم تطلق)

لأن الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما فليس هما كالأعضاء الثابتة، وبهذا قال أصحاب الرأي وقال مالك والشافعي تطلق بذلك ونحوه عن الحسن لأنه جزء يستباح بنكاحها فتطلق به كالأصبع.

ولنا: إنه جزء ينفصل عنها في حال السلامة فلم تطلق بطلاقه كالحمل والريق فإنه لا خلاف فيهما، وفارق الأصبع فإنها لا تنفصل في حال السلامة ولأن الشعر لا روح فيه ولا

ينجس بموت الحيوان ولا ينقض الوضوء مسه فأشبه العرق والريق واللبن ولأن الحمل متصل بها وإنما لم تطلق بطلاقه لأنه مآله إلى الانفصال وهذه كذلك، والسن في معناهما لأنها تزول من الصغير ويختلف غيرها وتنقلع من الكبير.

فصل: وإن أضافه إلى الريق والدمع والعرق والحمل لم تطلق لا نعلم فيه خلافاً لأن هذه ليست من جسمها وإنما الريق والدمع والعرق فضلات تخرج من جسمها فهو كلبنها والحمل مودع فيها. قال الله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِي أَنْشَأَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ﴾ [الأنعام: ٩٨] قيل مستودع في بطن الأم وإن أضافه إلى الزوج. فقال أبو بكر: لا يختلف قول أحمد في الطلاق والعتاق والظهار والحرام أن هذه الأشياء لا تقع إذا ذكر أربعة أشياء: الشعر والسن والظفر والروح جرد القول عنها منها ابن يحيى والفضل بن زياد القطان، فبذلك أقول ووجهه أن الروح ليست عضواً ولا شيئاً يستمتع به.

مسألة: قال: (وإذا لم يدر أطلق أم لا فلا يزول يقين النكاح بشك الطلاق)

وجملة ذلك: أن من شك في طلاقه لم يلزمه حكمه نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي لأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بشك والأصل في هذا حديث عبد الله بن زيد عن النبي ﷺ: «أنه سئل عن الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال: لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً» متفق عليه. فأمره بالبناء على اليقين واطراح الشك، ولأنه شك طرأ على يقين فوجب اطراحه كما لو شك المتطهر في الحدث أو المحدث في الطهارة، والورع التزام الطلاق. فإن كان المشكوك فيه طلاقاً رجعياً راجع امرأته إن كانت مدخولاً بها أو جدد نكاحها إن كانت غير مدخول بها أو قد انقضت عدتها، وإن شك في طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها لأنه إذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق فلا تحل لغيره. وحكي عن شريك أنه إذا شك في طلاقه طلقها واحدة ثم راجعها لتتكون الرجعة عن طلقة فتكون صحيحة في الحكم وليس بشيء لأن التلفظ بالرجعة ممكن مع الشك في الطلاق، ولا يفتقر إلى ما تفتقر إليه العبادات من النية، ولأنه لو شك في طلقتين فطلق واحدة لصار شاكاً في تحريمها عليه فلا تفيده الرجعة.

مسألة: قال: (وإذا طلق فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً اعتزلها وعليه نفقتها ما دامت في العدة، فإن راجعها في العدة لزمته النفقة ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق؟ لأنه متيقن للتحريم شاك في التحليل)

وجملة ذلك: أنه إذا طلق وشك في عدد الطلاق فإنه يبني على اليقين. نص عليه أحمد في رواية ابن منصور في رجل لفظ بطلاق امرأته لا يدري واحدة أم ثلاثاً؟ قال: أما الواحدة فقد وجبت عليه وهي عنده حتى يستيقن، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. لأن ما زاد على القدر الذي تيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك في أصل الطلاق، وإذا ثبت هذا فإنه تبقى أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة، وإذا راجع وجبت النفقة وحقوق الزوجية، قال الخرقي: ويحرم وطؤها، ونحوه قول مالك إلا أنه حكي عنه أنه يلزمه الأكثر من الطلاق المشكوك فيه وقولها تيقن في التحريم لأنه تيقن وجوده بالطلاق وشك في رفعه بالرجعة فلا

يرتفع بالشك كما لو أصاب ثوبه نجاسة وشك في موضعها فإنه لا يزول حكم النجاسة بغسل موضع من الثوب ولا يزول إلا بغسل جميعه، وفارق لزوم النفقة، فإنها لا تزول بالطلقة الواحدة فهي باقية، لأنها كانت باقية ولم يتيقن زوالها، وظاهر قول غير الخرقي من أصحابنا أنه إذا راجعها حلت له وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور لأن التحريم المتعلق بما ينفيه يزول بالرجعة يقيناً. فإن التحريم أنواع: تحريم تزيله الرجعة، وتحريم يزيله نكاح جديد. وتحريم يزيله نكاح بعد زوج وإصابة، ومن تيقن الأدنى لا يثبت فيه حكم الأعلى كمن تيقن الحدث الأصغر لا يثبت فيه حكم الأكثر ويزول تحريم الصلاة بالطهارة الصغرى، ويخالف الثوب فإن غسل بعضه لا يرفع ما تيقنه من النجاسة. فنظير مسألتنا أن يتيقن نجاسة كم الثوب ويشك في نجاسة سائره، فإن حكم النجاسة فيه يزول بغسل الكم وحدها كذا هنا، ويمكن منع حصول التحريم ها هنا ومنع يقينه، فإن الرجعة مباحة لزوجها في ظاهر المذهب فما هو إذا متيقن للتحريم بل شاك فيه متيقن للإباحة.

فصل: إذا رأى رجلان طائراً فحلف أحدهما بالطلاق أنه غراب وحلف الآخر بالطلاق أنه حمام، فطار ولم يعلما حاله لم يحكم بحنث واحد منهما لأن يقين النكاح ثابت ووقوع الطلاق مشكوك فيه. فإن ادعت امرأة أحدهما حنثه فيها فالقول قوله، لأن الأصل معه واليقين في جانبه، ولو كان الحلف،واحداً فقال: إن كان غراباً فنساؤه طوالق، وإن كان حماماً فعبيده أحرار. أو قال: إن كان غراباً فزينب طالق، وإن كان حماماً فهند طالق. ولم يعلم ما هو لم يحكم بحنثه في شيء لأنه متيقن للنكاح شاك في الحنث فلا يزول عن يقين النكاح والملك بالشك فأما إن قال أحد الرجلين إن كان غراباً فامرأته طالق ثلاثاً، قال الآخر: إن لم يكن غراباً فامرأته طالق ثلاثاً، فطار ولم يعلما حاله فقد حنث أحدهما لا يعينه ولا يحكم به في حق واحد منهما بعينه بل تبقى في حقه أحكام النكاح من النفقة والكسوة والسكنى، لأن كل واحد منهما يقين نكاحه باق ووقوع طلاقه مشكوك فيه. فأما الوطء فذكر القاضي أنه يحرم عليهما لأن أحدهما حانث بيقين وامرأته محرمة عليه وقد أشكل فحرم عليهما جميعاً كما لو حنث في إحدى امرأتيه لا يعينها، وقال أصحاب الرأي والشافعي: لا يحرم على واحد منهما وطء امرأته لأنه محكوم ببقاء نكاحه ولم يحكم بوقوع الطلاق عليه، وفارق الحانث في إحدى امرأتيه لأنه معلوم زوال نكاحه عن إحدى زوجتيه قلنا إنما تحقق حنثه في واحدة غير معينة، وبالنظر إلى كل واحدة مفردة فيقين نكاحها باق وطلاقها مشكوك فيه، لكن لما تحققنا أن إحداهما حرام ولم يمكن تمييزها حرمتا عليه جميعاً. وكذلك ها هنا قد علمنا أن أحد هذين الرجلين قد طلقت امرأته وحرمت عليه وتعذر التمييز فيحرم الوطء عليهما ويصير كما لو تنجس أحد الإناءين لا يعينه فإنه يحرم استعمال كل واحد منهما سواء كانا لرجلين أو لرجل واحد. وقال مكحول: يحمل الطلاق عليهما جميعاً ومال إليه أبو عبيد فإن ادعى كل واحد منهما أنه علم الحال وأنه لم يحنث دين فيما بينه

وبين الله تعالى، ونحو هذا قال عطاء والشعبي والزهري والحارث العكلي والثوري والشافعي، لأن كل واحد منهما يمكن صدقه فيما ادعاه، وإن أقر كل واحد منهما أنه الحانث طلقت زوجتاهمابإقرارهما على أنفسهما وإن أقر أحدهما حنث وحده، وإن ادعت امرأة أحدهما عليه الحنث فأنكر فالقول قوله، وهل يحلف؟ يخرج على روايتين.

فصل: فإن قال أحدهما إن كان هذا غراباً فعبدي حر، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فعبدي حر فطار ولم يعلما حاله لم نحكم بعتق واحد من العبدين، فإن اشترى أحدهما عبد صاحبه بعد أن أنكر حنث نفسه عتق الذي اشتراه، لأن إنكاره حنث نفسه اعتراف منه بحنث صاحبه وإقرار بعتق الذي اشتراه، وإذا اشترى من أقر بحريته عتق عليه، وإن لم يكن منه إنكار ولا اعتراف فقد صار العبدان في يده وأحدهما حر ولم يعلم بعينه، ويرجع في تعيينه إلى القرعة، وهذا قول أبي الخطاب، ويذهب القاضي إلى أنه يعتق الذي اشتراه في الموضعين لأن تمسكه بعبده اعتراف منه برقه وحرية صاحبه، وهذا مذهب الشافعي.

ولنا: إنه لم يعترف لفظاً ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف، فإن الشرع يسوغ له إمساك عبده مع الجهل استناداً إلى الأصل، فكيف يكون معترفاً مع تصريحه بأنني لا أعلم الحر منهما؟ وإنما اكتفينا في إبقاء رق عبده باحتمال الحنث في حق صاحبه، فإذا صار العبدان له وأحدهما حر لا يعينه صار كأنهما كانا له فحلف بعتق أحدهما وحده فيقرع بينهما حينئذ، ولو كان الحالف واحداً فقال: إن كان غراباً فعبدي حر، وإن لم يكن غراباً فأمتي حرة ولم يعلم حاله فإنه يقرع بينهما فيعتق أحدهما، فإن ادعى أحدهما أنه الذي عتق أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد مع يمينه.

فصل: وإن قال إن كان غراباً فهذه طالق وإن لم يكن غراباً فهذه الأخرى طالق فطار ولم يعلم حاله فقد طلقت إحداهما فيحرم فيه قربانها ويؤخذ بنفقتهما حتى تبين المطلقة منهما لأنهما محبوستان عليه لحقه، وذهب أصحابنا إلى أنه يقرع بينهما فتخرج بالقرعة المطلقة منها كقولنا في العبيد، والصحيح أن القرعة لا مدخل لها ها هنا لما سنذكره فيما إذا طلق واحدة وأنسيها وهو قول أكثر أهل العلم فعلى هذا يبقى التحريم فيهما إلى أن يعلم المطلقة منها ويؤخذ بنفقتهما، فإن قال هذه التي حنثت فيها حرمت عليه ويقبل قوله في حل الأخرى، فإن ادعت التي لم يعترف بطلاقها أنها المطلقة. فالقول قوله لأنه منكر وهل يحلف؟ يخرج على روايتين.

فصل: فإن قال إن كان غراباً فنساؤه طوالق وإن لم يكن غراباً فعبيده أحرار وطار ولم يعلم حاله منع من التصرف في الملكين حتى يتبين وعليه نفقة الجميع فإن قال كان غراباً طلق نساؤه ورق عبيده فإن ادعى أنه لم يكن غراباً ليعتقوا فالقول قوله، وهل يحلف؟ يخرج على روايتين، وإن قال لم يكن غراباً عتق عبيده ولم تطلق النساء، فإن ادعين أنه كان غراباً ليطلقن فالقول قوله وفي تحليفه وجهان وكل موضع قلنا يستحلف فنكل عن اليمين قضي عليه بنكوله، وإن قال لا أعلم ما الطائر؟ فقياس المذهب أن يقرع بينهما فإن وقعت القرعة على الغراب طلق

النساء ورق العبيد وإن وقعت على العبيد عتقوا ولم تطلق النساء. وهذا قول أبي ثور، وأصحاب الشافعي إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا وإن وقعت على النساء لم يطلقن ولم يعتق العبيد لأن القرعة لها مدخل في العتق لكون النبي ﷺ: «أقرع بين العبيد الستة» ولا مدخل لها في الطلاق لأنه لم ينقل مثل ذلك فيه ولا يمكن قياسه على العتق لأن الطلاق حل قيد النكاح والقرعة لا تدخل في النكاح والعتق حل الملك والقرعة تدخل في تمييز الأملاك. قالوا ولا يقرع بينهم إلا بعد موته ويمكن أن يقال على هذا أن ما لا يصلح للتعيين في حق الموروث لا يصلح في حق الوارث كما لو كانت اليمين في زوجتين ولأن الإماء محرمات على الموروث تحريماً لا تزيله القرعة فلم ينجز للوارث بها كما لو تعين العتق فيهن.

مسألة: قال: (وإذا قال لزوجاته إحداكن طالق ولم ينو واحدة بعينها أقرع بينهن فأخرجت بالقرعة المطلقة منهن)

وجملته: أنه إذا طلق امرأة من نسائه لا بعينها فإنها تخرج بالقرعة نص عليه في رواية جماعة، وبه قال الحسن وأبو ثور. وقال قتادة ومالك يطلقن جميعاً، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة والشافعي له أن يختار أيتهن شاء فيوقع عليها الطلاق لأنه يملك إيقاعه ابتداء وتعيينه فإذا أوقعه ولم يعينه ملك تعيينه لأنه استيفاء ما ملكه.

ولنا: إن ما ذكرناه مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما ولا مخالف لهما في الصحابة، ولأنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق وقد ثبت الأصل بكون النبي ﷺ أقرع بين العبيد الستة ولأن الحق لواحد غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالحرية في العبيد إذا أعتقهم في مرضه ولم يخرج جميعهم من الثلث وكالسفر بإحدى نسائه والبداية بإحداهن في القسم وكالشريكين إذا اقتسما، ولأنه طلق واحدة من نسائه لا يعلم عينها فلم يملك تعيينها باختياره كالمنسية، وأما الدليل على أنهن لا يطلقن جميعاً أنه أضاف الطلاق إلى واحدة فلم يطلق الجميع كما لو عينها قولهم إنه كان يملك الإيقاع والتعيين قلنا: ملكه للتعيين بالإيقاع لا يلزمه أن يملكه بعده كما لو طلق واحدة بعينها وأنسيها، وأما إن نوى واحدة بعينها طلقت وحدها لأنه عينها بنيته فأشبه ما لو عينها بلفظه، وإن قال إنما أردت فلانة قيل منه لأنه يحتمل ما قاله، وإن مات قبل القرعة والتعيين أقرع الورثة بينهن فمن وقعت عليها قرعة الطلاق فحكمها في الميراث حكم ما لو عينها بالتطليق.

فصل: وإذا قال لنسائه إحداكن طالق غداً فجاء غد طلقت واحدة منهن وأخرجت بالقرعة، فإن مات قبل الغد ورثته كلهن، وإن ماتت إحداهن ورثها لأنها ماتت قبل وقوع الطلاق فإذا جاء غد أقرع بين الميتة والأحياء فإن وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الأحياء وصارت كالمعينة بقوله أنت طالق غداً، وقال القاضي قياس المذهب أن يتعين الطلاق في الأحياء فلو كانتا اثنتين فماتت إحداهما طلقت الأخرى كما لو قال لامرأته وأجنبية إحداكما طالق وهو قول أبي حنيفة. والفرق بينهما ظاهر فإن الأجنبية ليست محلاً للطلاق وقت قوله فلا

ينصرف قوله إليها وهذه قد كانت محلاً للطلاق وإرادتها بالطلاق ممكنة وإرادتها بالطلاق كإرادة الأخرى وحدوث الموت بها لا يقتضي في حق الأخرى طلاقاً فتبقى على ما كانت عليه والقول في تعليق العتق كالقول في تعليق الطلاق وإذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبيد الأخر، فإن وقعت على المبيع لم يعتق شيء منه، وعلى قول القاضي ينبغي أن يتعين العتق في الباقين وكذلك ينبغي أن يكون مذهب أبي حنيفة والشافعي، لأن له تعيين العتق عندهم بقوله، فبيع أحدهم صرف للعتق عنه فيتعين في الباقين، وإن باع نصف العبد أقرع بينه وبين الباقين، فإن وقعت قرعة العتق عليه عتق نصفه وسرى إلى باقيه إن كان المعتق موسراً وإن كان معسراً لم يعتق إلا نصفه.

فصل: وإذا قال امرأتي طالق وأمتي حرة وله نساء وإماء ونوى بذلك معينة انصرف إليها، وإن نوى واحدة مبهمة فهي مبهمة فيهن، وإن لم ينو شيئاً فقال أبو الخطاب يطلق نساؤه كلهن ويعتق إماؤه لأن الواحد المضاف يراد به الكل كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَةَ ٱللَّهِ لَا تُحْصُوهَا﴾ [إبراهيم: ٣٤] و ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ﴾ [البقرة: ١٨٧] ولأن ذلك يروى عن ابن عباس، وقال الجماعة يقع على واحدة مبهمة وحكمه حكم ما لو قال إحداكن طالق وإحداكن حرة لأن لفظ الواحد لا يستعمل في الجمع إلا مجازاً والكلام لحقيقته ما لم يصرفه عنها دليل ولو تساوى الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة لأنها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه وهذا أصح و الله أعلم.

مسألة: قال: (وإذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة)

أكثر أصحابنا على أنه إذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها أنها تخرج بالقرعة فيثبت حكم الطلاق فيها ويحل له الباقيات، وقد روى إسماعيل بن سعيد عن أحمد ما يدل على أن القرعة لا تستعمل ها هنا لمعرفة الحل وإنما تستعمل لمعرفة الميراث فإنه قال سألت أحمد عن الرجل يطلق امرأته من نسائه ولا يعلم أيتهن طلق؟ قال أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة، قلت أرأيت إن مات هذا؟ قال أقول بالقرعة وذلك لأنه تصير القرعة على المال وجماعة من روي عنه القرعة في المطلقة المنسية إنما هو في التوريث، فأما في الحل فلا ينبغي أن يثبت بالقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم فالكلام إذن في المسألة في شيئين. **أحدهما**: في استعمال القرعة في المنسية للتوريث **والثاني**: في استعمالها فيها للحل، أما الأول فوجهه: ما روى عبد الله بن حميد قال: «سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خراسان وله أربع نسوة قدم البصرة فطلق إحداهن ونكح ثم مات لا يدري الشهود أيتهن طلق؟ فقال قال علي رضي الله عنه: أقرع بين الأربع وأنذر منهن واحدة واقسم بينهن الميراث» ولأن الحقوق إذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز إلا بالقرعة صح استعمالها كالشركاء في القسمة والعبيد في الحرية، وأما القرعة في الحل في المنسية فلا يصح استعمالها لأنه اشتبهت عليه زوجته بأجنبية لم يكن له عليها عقد ولأن القرعة لا تزيل التحريم من المطلقة ولا ترفع الطلاق عمن وقع عليه، ولاحتمال كون المطلقة غير من خرجت عليها القرعة.ولهذا لو ذكر أن المطلقة غيرها حرمت عليه، ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لما عاد

بالذكر فيجب بقاء التحريم بعد القرعة كما كان قبلها، وقد قال الخرقي فيمن طلق امرأته فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً؟ ومن حلف بالطلاق أن لا يأكل تمرة فوقع في تمر فأكل منه واحدة: لا تحل له امرأته حتى يعلم أنها ليست التي وقعت عليها اليمين فحرمها مع أن الأصل بقاء النكاح ولم يعارضه يقين التحريم فها هنا أولى، وهكذا الحكم في كل موضع وقع الطلاق على امرأة بعينها ثم اشتبهت بغيرها مثل أن يرى امرأة في روزنة أو مولية فيقول أنت طالق ولا يعلم عينها من نسائه وكذلك إذا وقع الطلاق على إحدى نسائه في مسألة الطائر وشبهها فإنه يحرم جميع نسائه عليه حتى تتبين المطلقة ويؤخذ بنفقة الجميع لأنهن محبوسات عليه وإن أقرع بينهن لم تفد القرعة شيئاً ولا يحل لمن وقعت عليها القرعة الزوج لأنها يجوز أن تكون غير المطلقة ولا يحل للزوج غيرها لاحتمال أن تكون المطلقة، وقال أصحابنا إذا أقرع بينهن فخرجت القرعة على إحداهن ثبت حكم الطلاق فيها فحل لها النكاح بعد قضاء عدتها، وحل للزوج من سواها كما لو كان الطلاق في واحدة غير معينة واحتجوا بما ذكرنا من حديث علي ولأنها مطلقة لم تعلم بعينها فأشبه ما لو قال إحداكن طالق، ولأنه إزالة أحد الملكين المبنيين على التغليب والسراية أشبه العتق، والصحيح إن شاء الله أن القرعة لا تدخل ها هنا لما قدمنا، وفارق ما قاسوا عليه فإن الحق لم يثبت لواحد بعينه فجعل الشرع القرعة معينة فإنها تصلح للتعيين وفي مسألتنا الطلاق واقع في معينة لا محالة والقرعة لا ترفعه عنها ولا توقعه على غيرها ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها واحتمال وقوع القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها عليها بل هو أظهر في غيرها فإنهن إذا كن أربعاً فاحتمال وقوعه في واحدة منهن بعينها أندر من احتمال وقوعه في واحدة من ثلاث. ولذلك لو اشتبهت أخته بأجنبية أو ميتة بمذكاة أو زوجته بأجنبية أو حلف بالطلاق لا يأكل ثمرة فوقع في تمر وأشباه ذلك مما يطول ذكره لا تدخله قرعة فكذا ها هن. وأما حديث علي فهو في الميراث لا في احل. وما نعلم بالقول بها في الحل من الصحابة قائلاً.

فصل: فعلى قول أصحابنا إذا ذكر أن المطلقة غير التي وقعت عليها القرعة فقد تبين أنها كانت محرمة عليه ويكون وقوع الطلاق من حين طلق لا من حين ذكر، وقوله في هذا مقبول لأنه يقر على نفسه وترد إليه التي خرجت عليها القرعة لأننا تبينا أنها غير مطلقة والقرعة ليست بطلاق لا صريح ولا كناية فإن لم تكن تزوجت ردت إليه وقبل قوله في هذا لأنه أمر من جهته لا يعرف إلا من قبله إلا أن تكون قد تزوجت أو يكون بحكم حاكم لأنها إذا تزوجت تعلق بها حق الزوج الثاني فلا يقبل قوله في فسخ نكاحه، والقرعة من جهة الحاكم بالفرقة لا يمكن الزوج رفعها فتقع الفرقة بالزوجين. قال أحمد في رواية الميموني إذا كان له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ولم يدر أيتهن طلق يقرع بينهن فإن أقرع بينهن فوقعت القرعة على واحدة ثم ذكر التي طلق فقال هذه ترجع إليه والتي ذكر أنه طلق يقع الطلاق عليها فإن تزوجت فهذا شيء قد مر فإن كان الحاكم أقرع بينهن فلا أحب أن ترجع إليه لأن الحاكم في ذلك أكبر منه، وقال أبو بكر وابن حامد متى أقرع ثم قال بعد ذلك إن المطلقة غيرها وقع الطلاق بها جميعاً ولا ترجع

إليه واحدة منهما لأن التي عينها بالطلاق تحرم بقوله وترثه إن مات ولا يرثها. ويجيء على قياس قولهما أن تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها.

فصل: فإن قال هذه المطلقة قبل منه. وإن قال هذه المطلقة بل هذه طلقتا لأنه أقر بطلاق الأولى فقبل إقراره ثم قبل إقراره بطلاق الثانية ولم يقبل رجوعه عما أقر به من طلاق الأولى وكذلك لو كن ثلاثاً فقال هذه بل هذه طلقن كلهن وإن قال هذه أو هذه بل هذه طلقت الثانية وإحدى الأولتين، وإن قال طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الأولى وإحدى الأخريين وإن قال أنت طالق وهذه أو هذه، فقال القاضي: هي كذلك وذكر أنه قول الكسائي.

وقال محمد بن الحسن: تطلق الثانية ويبقى الشك في الأولى والثالثة، وجه الأول: أنه عطف الثانية على الأولى بغير شك ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك فيكون الشك فيهما، ولو قال طلقت هذه أو هذه وهذه طلقت الثالثة وكان الشك في الأوليين. ويحتمل في هاتين المسألتين أن يكون الشك في الجميع لأنه في الأولى أتى بحرف الشك بعدهما فيعود إليهما، وفي المسألة الثانية عطف الثالثة على الشك. فعلى هذا إذا قال طلقت هذه وهذه أو هذه طولب بالبيان، فإن قال هي الثالثة طلقت وحدها، وإن قال لم أطلقها طلقت الأولتان، وإن لم يبين أقرع بين الأولتين والثالثة، قال القاضي في المجرد وهذا أصح، وإن قال طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ البيان، فإن قال هي الأولى طلقت وحدها، وإن قال ليست الأولى طلقت الأخريان كما لو قال طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قبل التعيين فإن وطىء لم يكن تعييناً، وإن ماتت إحداهما لم يتعين الطلاق في الأخرى وقال أبو حنيفة يتعين الطلاق في الأخرى لأنها ماتت قبل ثبوت طلاقها.

ولنا: إن موت إحداهما أو وطأها لا ينفي احتمال كونها مطلقة فلم يكن تعييناً لغيرها كمرضها، وإن قال طلقت هذه وهذه أو هذه وهذه فالظاهر أنه طلق اثنتين لا يدري أهما الأولتان أم الآخرتان كما لو قال طلقت هاتين أو هاتين فإن قال هما الأولتان تعين الطلاق فيهما، وإن قال لم أطلق الأولتين تعين الأخرتان، وإن قال إنما أشك في طلاق الثانية والآخرتين طلقت الأولى وبقي الشك في الثلاث ومتى فسر كلامه بشيء محتمل قبل منه.

مسألة: قال: (فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة وكان الميراث للبواقي منهن)

نص أحمد على هذا. وقال أبو حنيفة: يقسم الميراث بينهن كلهن لأنهن تساوين في احتمال استحقاقه ولا يخرج الحق عنهن. وقال الشافعي: يوقف الميراث المختص بهن حتى يصطلحن عليه لأنه لا يعلم المستحق منهن، ووجه قول الخرقي قول علي رضي الله عنه ولأنهن قد تساوين ولا سبيل إلى التعيين فوجب المصير إلى القرعة كمن أعتق عبيداً في مرضه لا مال له سواهم، وقد ثبت الحكم فيهم بالنص ولأن توريث الجميع توريث لمن لا يستحق يقيناً والوقف لا إلى غاية حرمان لمن يستحق يقيناً والقرعة يسلم بها من هذين المحذورين ولها نظير في الشرع.

فصل: فإن مات بعضهن أو جميعهن قرعنا بين الجميع فمن خرجت القرعة لها حرمناه ميراثها. وإن مات بعضهن قبله وبعضهن بعده وخرجت القرعة لميتة قبله حرمناه ميراثها، وإن خرجت لميتة بعده حرمناها ميراثه والباقيات يرثهن ويرثنه. فإن قال الزوج بعد موتها هذه التي طلقتها أو قال في غير المعينة هذه التي أردتها حرم ميراثها لأنه يقر على نفسه ويرث الباقيات سواء صدقه ورثتهن أو كذبوه لأن علم ذلك إنما يعرف من جهته ولأن الأصل بقاء النكاح بينهما وهم يدعون طلاقه لها والأصل عدمه، وهل يستحلف على ذلك؟ فيه روايتان. فإن قلنا يستحلف فنكل حرمناه ميراثها لنكوله ولم يرث الأخرى لإقراره بطلاقها فإن مات فقال ورثته لإحداهن هذه المطلقة فأقرت أو أقر ورثتها بعد موتها حرمناها ميراثه وإن أنكرت أو أنكر ورثتها فقياس ما ذكرناه أن القول قولها لأنها تدعي بقاء نكاحها وهم يدعون زواله والأصل معها فلا يقبل قولهم عليها إلا ببينة وإن شهد اثنان من ورثته أنه طلقها قبلت شهادتهما إذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثها ولا على من لا تقبل شهادتها له كأمهما وجدتهما لأن ميراث إحدى الزوجات لا يرجع إلى ورثة الزوج وإنما يتوفر على ضرائرها، وإن ادعت إحدى الزوجات أنه طلقها طلاقاً تبين به فأنكرها فالقول قوله وإن مات لم ترثه لإقرارها بأنها لا تستحق ميراثه فقبلنا قولها فيما عليها دون مالها وعليها العدة لأننا لم نقبل قولها فيما عليها، وهذا التفريع فيما إذا كان الطلاق بينها، فأما إن كان رجعياً ومات في عدتها أو ماتت ورث كل واحد منهما صاحبه.

فصل: وإن كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثم نكح أخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتهن طلق فللتي تزوجها ربع ميراث النسوة نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أهل العلم ثم يقرع بين الأربع فأيتهن خرجت قرعتها خرجت وورث الباقيات. نص عليه أحمد أيضاً، وذهب الشعبي والنخعي وعطاء والخراساني وأبو حنيفة إلى أن الباقي بين الأربع، وزعم أبو عبيد أنه قول أهل الحجاز وأهل العراق جميعاً، وقال الشافعي: يوقف الباقي بينهن حتى يصطلحن، ووجه الأقوال ما تقدم. وقال أحمد في رواية ابن منصور في رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن ثلاثاً وواحدة اثنتين وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك ولا يدرى أيتهن طلق ثلاثاً وأيتهن طلق اثنتين وأيتهن واحدة يقرع بينهن فالتي أبانها تخرج ولا ميراث لها هذا فيما إذا مات في عدتهن وكان طلاقه في صحته فإنه لا يحرم الميراث إلا المطلقة ثلاثاً فالباقيتان رجعيتان يرثنه في العدة ويرثهن ومن انقضت عدتها منهن لم ترثه ولم يرثها ولو كان طلاقه في مرضه الذي مات فيه لورثه الجميع في العدة وفيما بعدها قبل التزويج روايتان.

فصل: إذا طلق واحدة من نسائه لا يعينها أو يعينها فأنسيها فانقضت عدة الجميع فله نكاح خامسة قبل القرعة، وخرج ابن حامد وجهاً في أنه لا يصح نكاح الخامسة لأن المطلقة في حكم نسائه بالنسبة إلى وجوب الإنفاق عليها وحرمة النكاح في حقها ولا يصح لأننا علمنا أن منهن واحدة بائناً منه ليست في نكاحه ولا في عدة من نكاحه فكيف تكون زوجته؟ وإنما الإنفاق عليها لأجل حبسها ومنعها من التزوج بغيره لأجل اشتباهها، ومتى علمناها بعينها إما بتعيينه أو

قرعة فعدتها من حين طلقها لا من حين عينها. وذكر أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي أن عدتها من حين التعيين. وهذا فاسد فإن الطلاق وقع حين إيقاعه وثبت حكمه في تحريم الوطء وحرمان الميراث من الزوج وحرمانه منها قبل التعيين فكذلك العدة وإنما التعيين تبين لما كان واقعاً، وإن مات الزوج قبل البيان فعلى الجميع عدة الوفاة في قول الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني. قال أبو عبيد: وهو قول أهل الحجاز والعراق لأن كل واحدة منهن يحتمل أنها باقية على النكاح والأصل بقاؤه فتلزمها عدته، والصحيح أنه يلزم كل واحدة أطول الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق، لكن عدة الطلاق من حين طلق وعدة الوفاة من حين موته لأن كل واحدة منهن يحتمل أن يكون عليها عدة الوفاة ويحتمل أنها المطلقة فعليها عدة الطلاق فلا تبرأ يقيناً إلا بأطولها وهذا في الطلاق البائن فأما الرجعي فعليها عدة الوفاة بكل حال لأن الرجعية زوجة.

فصل: إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالقول قوله لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ولا يقبل فيه إلا عدلان ونقل ابن منصور عن أحمد أنه سئل أتجوز شهادة رجل وامرأتين في الطلاق؟ قال لا والله إنما كان كذلك لأن الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال فلم يقبل فيه إلا عدلان كالحدود والقصاص فإن لم تكن بينة فهل يستحلف؟ فيه روايتان نقل أبو الخطاب أنه يستحلف وهو الصحيح لقول النبي ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه» وقوله «اليمين على من أنكر» ولأنه يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه كالمهر ونقل أبو طالب عنه لا يستحلف في الطلاق والنكاح لأنه لا يقضي فيه بالنكول فلا يستحلف فيه كالنكاح إذا ادعى زوجيتها فأنكرته، وإن اختلفا في عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرناه، فإذا طلق ثلاثاً وسمعت ذلك وأنكر أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها وعليها أن تفر منه ما استطاعت وتمتنع منه إذا أرادها وتفتدي منه إن قدرت. قال أحمد لا يسعها أن تقيم معه، وقال أيضاً تفتدي منه بما تقدر عليه فإن أجبرت على ذلك فلا تزين له ولا تقربه وتهرب إن قدرت، وإن شهد عندها عدلان غير متهمين فلا تقيم معه، وهذا قول أكثر أهل العلم. قال جابر بن زيد وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين: تفر منه ما استطاعت وتفتدي منه بكل ما يمكن، وقال الثوري وأبو حنيفة وأبو يوسف وأبو عبيد تفر منه، وقال مالك لا تتزين له ولا تبدي له شيئاً من شعرها ولا عريتها ولا يصيبها إلا وهي مكرهة، والصحيح ما قاله الأولون لأن هذه تعلم أنها أجنبية منه محرمة عليه فوجب عليها الامتناع والفرار منه كسائر الأجنبيات، وهكذا لو ادعى نكاح امرأة كذباً وأقام بذلك شاهدي زور فحكم له الحاكم بالزوجية، ولو تزوجها تزويجاً باطلاً وسلمت إليه بذلك فالحكم في هذا كله كالحكم في المطلقة ثلاثاً.

فصل: ولو طلقها ثلاثاً ثم جحد طلاقها لم ترثه، نص عليه أحمد وبه قال قتادة وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وابن المنذر، وقال الحسن ترثه لأنها في حكم الزوجات ظاهراً.

ولنا: إنها تعلم أنها أجنبية فلم ترثه كسائر الأجنبيات، وقال أحمد في رواية أبي طالب: تهرب منه ولا تتزوج حتى يظهر طلاقها وتعلم ذلك يجيء فيدعيها فترد عليه وتعاقب، وإن مات ولم يقر بطلاقها لا ترثه لا تأخذ ما ليس لها تفر منه ولا تخرج من البلد، ولكن تختفي في بلدها. قيل له: فإن بعض الناس قال: تقتله هي بمنزلة من يدافع عن نفسه فلم يعجبه ذلك فمنعها من التزويج قبل ثبوت طلاقها لأنها في ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق، فإذا تزوجت غيره وجب عليها في ظاهر الشرع العقوبة والرد إلى الأول، ويجتمع عليها زوجان هذا بظاهر الأمر وذاك بباطنه، ولم يأذن لها في الخروج من البلد لأن ذلك يقوي التهمة في نشوزها ولأن في قتله قصداً، لأن الدافع عن نفسه لا يقتل قصداً، فأما إن قصدت الدفع عن نفسها فآل إلى نفسه فلا إثم عليها ولا ضمان في الباطن، فأما في الظاهر فإنها تؤخذ بحكم القتل ما لم يثبت صدقها.

فصل: قال أحمد: إذا طلقها ثلاثاً فشهد عليه أربعة أنه وطئها، أقيم عليه الحد إنما أوجبه لأنها صارت بالطلاق أجنبية فهي كسائر الأجنبيات، بل هي أشد تحريماً لأنها محرمة وطئاً ونكاحاً، فإن جحد طلاقها ووطئها ثم قامت البينة بطلاقه فلا حد عليه، وبهذا قال الشعبي ومالك وأهل الحجاز والثوري والأوزاعي وربيعة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لأن جحده لطلاقه يوهمنا أنه نسيه وذلك شبهة في درء الحد عنه ولا سبيل لنا إلى علم معرفته بالطلاق حالة وطئه إلا بإقراره بذلك، فإن قال: وطئتها عالماً بأنني كنت طلقتها ثلاثاً كان إقراراً منه بالزنا فيعتبر فيه ما يعتبر في الإقرار بالزنا.

مسألة: قال: (وإذا طلق زوجته أقل من ثلاث فقضت العدة ثم تزوجت غيره ثم أصابها ثم طلقها أو مات عنها وقضت العدة ثم تزوجها الأول فهي عنده على ما بقي من الثلاث)

وجملة ذلك: أن المطلق إذا بانت زوجته منه ثم تزوجها لم يخل من ثلاثة أحوال. أحدها: أن تنكح غيره ويصيبها ثم يتزوجها الأول فهذه ترجع إليه على طلاق ثلاث بإجماع أهل العلم قاله ابن المنذر. والثاني: أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود إليه برجعة أو نكاح جديد قبل زوج ثان، فهذه ترجع إليه على ما بقي من طلاقها بغير خلاف نعلمه. والثالث: طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره، ثم تزوجها الأول فعن أحمد فيها روايتان. إحداهما: ترجع إليه على ما بقي من طلاقها وهذا قول الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ عمر وعلي وأبي معاذ وعمران بن حصين وأبي هريرة. وروي ذلك عن زيد وعبد الله بن عمرو بن العاص، وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثوري وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور ومحمد بن الحسن وابن المنذر.

والرواية الثانية: عن أحمد أنها ترجع إليه على طلاق ثلاث، وهذا قول ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي و شريح وأبي حنيفة وأبي يوسف لأن وطء الزوج الثاني مثبت للحل فيثبت

حلًّا يتسع لثلاث تطليقات كما بعد الثلاث لأن الوطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث فأولى أن يهدم ما دونها.

ولنا: إن وطء الثاني لا يحتاج إليه في الإحلال للزوج الأول فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثاني، وقولهم: إن وطء الثاني يثبت الحل لا يصح لوجهين: أحدهما: منع كونه مثبتاً للحل أصلاً، وإنما هو في الطلاق الثلاث غاية للتحريم بدليل قوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وحتى للغاية، وإنما سمي النبي ﷺ الزوج الذي قصد الحيلة محللاً تجوزاً بدليل أنه لعنه، ومن أثبت أثبت يستحق لعناً. والثاني: أن الحل إنما يثبت في محل فيه تحريم وهي المطلقة ثلاثاً وها هنا هي حلال له فلا يثبت فيها حل. وقولهم: إنه يهدم الطلاق. قلنا: بل هو غاية لتحريمه وما دون الثلاث لا تحريم فيها فلا يكون غاية له.

مسألة: قال: (وإذا كان المطلق عبداً وكان طلاقه اثنتين، لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره، حرة كانت الزوجة أو مملوكة لأن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء)

وجملة ذلك: أن الطلاق معتبر بالرجال، فإن كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث، حرة كانت الزوجة أو أمة، وإن كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو أمة، فإذا طلق اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره روي ذلك عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر، وقال ابن عمر: أيهما رق نقص الطلاق برقه فطلاق العبد اثنتان، وإن كان تحته حرة، وطلاق الأمة اثنتان وإن كان زوجها حراً، وروي عن علي وابن مسعود: أن الطلاق معتبر بالنساء، فطلاق الأمة اثنتان حراً كان الزوج أو عبداً، وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبداً، وبه قال الحسن وابن سيرين وعكرمة وعبيدة ومسروق والزهري والحكم وحماد والثوري وأبو حنيفة لما روت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: «طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان» رواه أبو داود وابن ماجه، ولأن المرأة محل للطلاق فيعتبر بها كالعدة.

ولنا: إن الله تعالى خاطب الرجال بالطلاق فكان حكمه معتبراً بهم ولأن الطلاق خالص حق الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية فكان اختلافه به كعدد المنكوحات. وحديث عائشة قال أبو داود: رواية مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث، وقد أخرجه الدارقطني في سننه عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «طلاق العبد اثنتان فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، وقرء الأمة حيضتان، وتتزوج الحرة على الأمة ولا تتزوج الأمة على الحرة، وهذا نص ولأن الحر يملك أن يتزوج أربعاً فملك طلقات ثلاثاً كما لو كان تحته حرة ولا خلاف في أن الحر الذي زوجته حرة طلاقه ثلاث. وأن العبد الذي تحته أمة طلاقه اثنتان، وإنما الخلاف فيما إذا كان أحد الزوجين حراً والآخر رقيقاً.

فصل: قال أحمد: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وطلاقه وأحكامه كلها أحكام العبيد. وهذا صحيح. فإنه جاء في الحديث «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» ولأنه يصح عتقه ولا ينكح إلا اثنتين. ولا يتزوج ولا يتسرى إلا بإذن سيده وهذه أحكام العبيد فيكون طلاقه كطلاق سائر العبيد.

وقد روى الأثرم في سننه عن سليمان بن يسار: «أن نفيعاً مكاتب أم سلمة طلق امرأة حرة تطليقتين. فسأل عثمان وزيد بن ثابت عن ذلك فقالا: حرمت عليك؟ والمدبر كالعبد القن في نكاحه وطلاقه وكذلك المعلق عتقه بصفة لأنه عبد فتثبت فيه أحكام العبيد.

فصل: قال أحمد في رواية محمد بن الحكم: العبد إذا كان نصفه حراً ونصفه عبداً يتزوج ثلاثاً ويطلق ثلاث تطليقات، وكذلك كلما تجزأ بالحساب إنما جعل له نكاح ثلاث لأنه عدد المنكوحات يتبعض فوجب أن يتبعض في حقه كالحد فلذلك كان له أن ينكح نصف ما ينكح الحر ونصف ما ينكح العبد وذلك ثلاث، وأما الطلاق فلا يمكن قسمته في حقه، لأن مقتضى حاله أن يكون له ثلاثة أرباع الطلاق وليس له ثلاثة أرباع فكمل في حقه، ولأن الأصل إثبات الطلقات الثلاث في حق كل مطلق، وإنما خولف فيمن كمل الرف في حقه ففيمن عداه يبقى على الأصل.

فصل: إذا طلق العبد زوجته اثنتين ثم عتق لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره لأنها حرمت عليه بالطلاق تحريماً لا ينحل إلا بزوج وإصابة ولم يوجد ذلك فلا يزول التحريم، وهذا ظاهر المذهب، وقد روي عن أحمد: أنه يحل له أن يتزوجها وتبقى عنده على واحدة. وذكر حديث ابن عباس عن النبي ﷺ في المملوكين، «إذا طلقها تطليقتين ثم عتقا فله أن يتزوجها» وقال لا أرى شيئاً يدفعه وغير واحد يقول به أبو سلمة وجابر وسعيد بن المسيب، ورواه الإمام أحمد في المسند وأكثر الروايات عن أحمد الأول، وقال: حديث عثمان وزيد في تحريمها عليه جيد. وحديث ابن عباس يرويه عمرو بن مغيث ولا أعرفه.

وقد قال ابن المبارك: من أبو حسن هذا؟ لقد حمل صخرة عظيمة، منكراً لهذا الحديث. قال أحمد: أما أبو الحسن فهو عندي معروف ولكن لا أعرف عمرو بن مغيث قال أبو بكر: إن صح الحديث فالعمل عليه، وإن لم يصح فالعمل على حديث عثمان وزيد وبه أقول، قال أحمد: ولو طلق عبد زوجته الأمة تطليقتين، ثم عتق واشتراها لم تحل له، ولو تزوج وهو عبد فلم يطلقها أو طلقها واحدة ثم عتق فله عليها ثلاث تطليقات أو طلقتان إن كان طلقها واحدة، لأنه في حال الطلاق حر، فاعتبر حاله حينئذ كما يعتبر حال المرأة في العدة حين وجودها، ولو تزوجها وهو حر كافر فسبي واسترق ثم أسلما جميعاً لم يملك إلا طلاق العبيد اعتباراً بحاله حين الطلاق، ولو طلق في كفره واحدة وراجعها ثم سبي واسترق لم يملك إلا طلقة واحدة ولو طلقها في كفره طلقتين ثم استرق وأراد التزويج بها جاز وله طلقة واحدة لأن

الطلقتين وقعتا غير محرمتين فلا يعتبر حكمهما بما يطرأ بعدهما، كما أن الطلقتين من العبد لما أن وقعتا محرمتين لم يعتبر ذلك بالعتق بعدهما.

مسألة: قال: (وإذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين طلقت بثلاث)

نص أحمد على هذا في رواية مهنا، وقال أبو عبد الله بن حامد: تقع طلقتان لأن معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين وذلك طلقة ونصف، ثم تكمل فتصير طلقتين وقيل بل لأن النصف الثالث من طلقتين محال، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

ولنا: إن نصف الطلقتين طلقة وقد أوقعه ثلاثاً، فيقع ثلاث كما لو قال: أنت طالق ثلاث طلقات، وقولهم: معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين تأويل يخالفه ظاهر اللفظ فإنه على ما ذكروه يكون ثلاثة أنصاف طلقة، وينبغي أن يكون ثلاثة أنصاف طلقتين مخالفة لثلاثة أنصاف طلقة وقولهم: إنه محال. قلنا: وقوع نصف الطلقتين عليها ثلاث مرات ليس بمحال فيجب أن يقع.

فصل: فإن قال أنت طالق ملء الدنيا ونوى الثلاث وقع الطلاق، وإن لم ينو شيئاً أو نوى واحدة فهي واحدة، قال أحمد فيمن قال لامرأته أنت طالق ملء البيت فإن أراد الغلظة عليها يعني يريد أن تبين منه فهي ثلاث. فاعتبر نيته فدل على أنه إذا لم ينو يقع واحدة وذلك لأن الوصف لا يقتضي عدداً وهذا لا نعلم فيه خلافاً إلا أن الواحدة إذا وقعت كانت رجعية وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه تكون بائناً لأنه وصف الطلاق بصفة زائدة تقتضي الزيادة عليها وذلك هو البينونة.

ولنا: إنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير استيفاء عدد ولا عوض فكان رجعياً كقوله أنت طالق وما ذكروه لا يصح لأن الطلاق حكم فإذا ثبت ثبت في الدنيا كلها فلا يقتضي ذلك زيادة، وإن قال أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه أو أطول الطلاق أو أعرضه أو أقصره أو مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ولا نية له وقعت طلقة رجعية وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة في جميعها يقع بائناً، وقال صاحباه إن قال مثل الجبل كانت رجعية، وإن قال مثل عظم الجبل كانت بائناً، ووجه القولين ما تقدم، ولأنه لا يملك إيقاع البينونة فإنها حكم وليس ذلك إليه، وإنما تثبت البينونة بأسباب معينة كالخلع والطلاق الثلاث والطلاق قبل الدخول فيملك مباشرة سببها فيثبت، وإن أراد إثباتها بدون ذلك لم يثبت، ويحتمل أن يكون أشد الطلاق عليه أو عليها وأغلظ لتعجلها أو لحب أحدهما صاحبه ومشقة فراقه عليه فلم يقع أمر زائد بالشك، وإن قال أنت طالق أقصى الطلاق أو أكبره فكذلك في قياس المذهب، ويحتمل أن يكون أقصى الطلاق ثلاثاً لأن أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالثة ومن ضرورة كونها ثالثة وقوع اثنتين وإن قال أتم الطلاق أو أكمله فواحدة إلا أنها تكون سنية لأنها أكمل الطلاق وأتمه.

فصل: وإن قال أنت طالق أكثر الطلاق أو كله أو جميعه أو منتهاه أو مثل عدد الحصى أو الرمل أو القطر طلقت ثلاثاً لأن هذا يقتضي عدداً ولأن الطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة وأكثره ثلاث، وإن قال كعدد التراب أو الماء وقع ثلاث، وقال أبو حنيفة يقع واحدة بائناً لأن الماء والتراب من أسماء الأجناس لا عدد له.

ولنا: إن الماء تتعدد أنواعه وقطراته والتراب تتعدد أنواعه وأجزاؤه فأشبه الحصى، وإن قال يا مائة طالق أو أنت مائة طالق طلقت ثلاثاً وإن قال أنت طالق كمائة أو ألف فهي ثلاث، قال أحمد فيمن قال أنت طالق كألف تطليقة فهي ثلاث وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن لم تكن له نية وقعت واحدة لأنه لم يصرح بالعدد وإنما شبهها بالألف وليس الموقع للشبه به.

ولنا: إن قوله كألف تشبيه بالعدد خاصة لأنه لم يذكر إلا ذلك فوقع العدد كقوله أنت طالق كعدد ألف وفي هذا انفصال عما قال، وإن قال أردت أنها طلقة كألف في صعوبتها دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين.

فصل: وإن قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث وقع طلقتان وبهذا قال أبو حنيفة لأن ما بعد الغاية لا يدخل فيها كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧] وإنما يدخل إذا كانت بمعنى مع وذلك خلاف موضوعها وقال زفر يقع طلقة لأن ابتداء الغاية ليس منها كقوله بعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط. وقال أبو يوسف ومحمد يقع الثلاث لأنه نطق بها فلم يجز إلغاؤها.

ولنا: إن ابتداء الغاية يدخل كما لو قال خرجت من البصرة فإنه يدل على أنه كان فيها وأما انتهاء الغاية فلا يدخل بمقتضى اللفظ ولو احتمل دخوله وعدم دخوله لم نجز الطلاق بالشك، وإن قال أنت طالق ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة لأنها التي بينهما.

فصل: فإن قال أنت طالق طلقة في اثنتين أو واحدة في اثنتين ونوى به ثلاثاً فهي ثلاث لأنه يعبر بفي عن مع كقوله ﴿ادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ فتقدير الكلام أنت طالق طلقة مع طلقتين، فإذا أقر بذلك على نفسه قبل منه، وإن قال أردت واحدة قبل أيضاً حاسباً كان أو غير حاسب. وقال القاضي إذا كان عارفاً بالحساب لم يقبل منه ووقع طلقتان لأنه خلاف ما اقتضاه اللفظ.

ولنا: إنه فسر كلامه بما يحتمله فإنه لا يبعد أنه يريد بكلامه ما يريده العامي، وإن لم تكن له نية وكان عارفاً بالحساب وقع طلقتان، وقال القاضي إن أطلق لم يقع إلا واحدة لأن لفظ الإيقاع إنما هو بلفظ الواحدة وما زاد عليها لم يحصل فيه لفظ الإيقاع، وإنما يقع الزائد بالقصد فإذا خلا عن القصد لم يقع إلا ما أوقعه، وقال بعض أصحابه كقولنا، وقال أبو حنيفة لا يقع إلا واحدة سواء قصد به الحساب أو لم يقصد إذا لم يقصد به واحدة مع اثنتين لأن الضرب إنما

يصح فيها له مساحة فأما ما لا مساحة له فلا حقيقة فيه للحساب، وإنما حصل منه الإيقاع في واحدة فوقعت غيرها.

ولنا: إن هذا اللفظ موضوع في اصطلاحهم لاثنتين، فإذا لفظ به وأطلق وقع كما لو قال أنت طالق اثنتين، وبهذا يحصل الانفصال عما قاله الشافعي فإن اللفظ الموضوع لا يحتاج معه إلى نية، فأما ما قاله أبو حنيفة فإنما ذلك في وضع الحساب في الأصل ثم صار مستعملاً في كل ما له عدد فصار حقيقة فيه، فأما الجاهل بمقتضى ذلك في الحساب إذا أطلق وقعت طلقة واحدة لأن لفظ الإيقاع إنما هو لفظة واحدة وإنما صار مصروفاً إلى الاثنتين بوضع أهل الحساب واصطلاحهم فمن لا يعرف اصطلاحهم لا يلزمه مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالعجمية وهو لا يعرف معناها، ولم يفرق أصحابنا في ذلك بين أن يكون المتكلم بذلك ممن لهم عرف في هذا اللفظ أو لا. والظاهر أنه إن كان المتكلم بذلك ممن عرفهم أن في ها هنا بمعنى مع وقع به ثلاث لأن كلامه يحمل على عرفهم والظاهر منه إرادته وهو المتبادر إلى الفهم من كلامه، فإن نوى موجبه عند أهل الحساب فقال القاضي لا يلزمه مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالعجمية ولا يعرف معناها: وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه إذا لم يكن يعرف موجبه فلم يقصد إيقاعه ولا يصح منه قصد ما لا يعرفه.

فصل: فإن قال أنت طالق طلقة بل طلقتين وقع طلقتان نص عليه أحمد، وقال أصحاب الشافعي يقع ثلاثاً في أحد الوجهين لأن قوله أنت طالق إيقاع فلا يجوز إيقاع الواحدة مرتين فيدل على أنه أوقعها ثم أراد رفعها وأوقع اثنتين آخرتين فتقع الثلاث.

ولنا: إن ما لفظ به قبل الإضراب بعض ما لفظ به بعده فلم يلزمه أكثر مما بعده كقوله عليَّ درهم بل درهمان، وقولهم لا يجوز إيقاع ما أوقعه قلنا يجوز أن يخبر بوقوعه مع وقوع غيره فلا يقع الزائد بالشك. قال أحمد فإن قال أنت طالق لا بل أنت طالق هي واحدة وهذا اختيار أبي بكر واختار القاضي أنه يقع طلقتان لأنه أراد رفع الأولى وإيقاع الثانية فلم ترتفع الأولى ووقعت الثانية.

ووجه **الأول**: أنه لو قال له عليَّ درهم بل درهم لزمه درهم واحد كذا ها هنا. فعلى هذا القول إن نوى بقوله بل أنت طالق طلقة أخرى وقع اثنتان لأنه قصد إيقاع طلقتين بلفظين فوقع كما لو قال أنت طالق أنت طالق، وذكر القاضي احتمالاً آخر أنه لا يقع إلا طلقة لأن اللفظ موضوع لواحدة فلا يصح أن ينوي به اثنتين قال أحمد ولو كان له امرأتان فقال لإحداهما أنت طالق ثم قال للأخرى لا بل أنت طالق طلقتا جميعاً ووجهه أنه أوقع طلاق الأولى ثم أضرب عنه وأوقع طلاق الأخرى فوقع بها ولم يرتفع عن الأولى وفارق ما إذا قال ذلك لواحدة لأن الطلقة يجوز أن تكون هي الثانية كرر الإخبار بها، ولا يجوز في المرأتين أن يكون طلاق إحداهما هو طلاق الأخرى ونظيره في الإقرار ما لو قال له عليَّ درهم بل درهم لزمه درهم ولو قال له عليَّ درهم بل دينار لزماه جميعاً.

ولو قال أنت طالق واحدة بل هذه ثلاثاً طلقت الأولى واحدة والثانية ثلاثاً ولو قال لامرأة غير مدخول بها أنت طالق واحدة بل ثلاثاً طلقت واحدة لأنها بانت بالأولى فلم يقع بها ما بعدها، وإن قال أنت طالق واحدة بل ثلاثاً إن دخلت الدار ونوى تعليق الجميع بدخول الدار تعلق وإن نوى تعليق الثلاث حسب وقعت الواحدة في الحال وإن أطلق ففيه وجهان: **أحدهما**: يتعلق الجميع بالشرط لأنه بعدهما فيعود إليهما، **والثاني**: تقع الواحدة في الحال وتبقى الثلاث معلقة بدخول الدار لأنه إنما ذكر الشرط عقيبها فتختص به.

وإن قال أنت طالق إن دخلت الدار بل هذه فدخلت الأولى طلقتا وإن دخلت الثانية لم تطلق واحدة منهما، فإن قال أردت أن الثانية تطلق إن دخلت الدار قبل منه لأنه محتمل لما قاله، وإن قال أردت أنك تطلقين إذا دخلت الثانية الدار قبل منه لأنه محتمل لما قاله وكان طلاق الأولى وحدها معلقاً على دخول كل واحدة منهما.

فصل: إذا قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك أو طالق لا أو طالق طلقة لا ينقص بها عدد طلاقك أو طالق لا شيء أو ليس بشيء طلقت واحدة لأن ذلك رفع لجميع ما أوقعه فلم يصح كاستثناء الجميع، وإن قال ذلك خبراً فهو كذب لأن الواحدة إذا أوقعها وقعت وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً، وإن قال أنت طالق أو لا؟ لم يقع لأنه هذا استفهام فإذا اتصل به خرج من أن يكون لفظاً لإيقاع ويخالف ما قبل ذلك فإنه إيقاع ويحتمل أن يقع لأن لفظه لفظ الإيقاع لا لفظ الاستفهام لكون الاستفهام يكون بالهمزة أو نحوها فيقع ما أوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده كالتي قبلها، وإن قال أنت طالق واحدة أو لا فكذلك، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو قياس قول الشافعي، وقال محمد يقع واحدة لأن قوله أو لا يرجع إلى ما يليه من اللفظ وهو واحدة دون لفظ الايقاع وليس بصحيح لأن الواحدة صفة للطلقة الواقعة فما اتصل بها يرجع إليها فصار كقوله أنت طالق أو لا شيء.

فصل: فإن قال أنت طالق بعد موتي أو موتك أو مع موتي أو موتك لم تطلق نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً لأنها تبين بموت أحدهما فلا يصادف الطلاق نكاحاً يزيله، وإن تزوج أمة أبيه ثم قال إذا مات أبي فأنت طالق فمات أبوه لم يقع الطلاق اختاره القاضي لأنه بالموت يملكها فينفسخ نكاحها بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع كما لو قال أنت طالق مع موتي واختار أبو الخطاب أنه يقع لأن الموت سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه، وإن قال إن اشتريتك فأنت طالق ثم اشتراها خرج على الوجهين، وإن قال الأب إذا مت فأنت حرة، وقال الابن: إذا مات أبي فأنت طالق وكانت تخرج من الثلث ثم مات الأب وقع العتق والطلاق معاً وإن لم تخرج من الثلث فإن بعضها ينتقل إلى الورثة فيملك الابن جزءاً منها ينفسخ به النكاح فيكون كملك جميعها في فسخ النكاح ومنع وقوع الطلاق فإن أجاز الورثة عتقها فذكر بعض أهل العلم أن هذا ينبني على الإجازة هل هي تنفيذ أو عطية مبتدأة؟ فإن قلنا هي عطية مبتدأة

فقد انفسخ النكاح قبلها فلم يقع الطلاق وإن قلنا هي تنفيذ لما فعل السيد وقع الطلاق. وهكذا إن أجاز الزوج وحده عتق أبيه. فإن كان على الأب دين يستغرق تركته لم يعتق والصحيح لأن ذلك لا يمنع نقل التركة إلى الورثة فهو كما لو لم يكن عليه دين في فسخ النكاح، وإن كان الدين لا يستغرق التركة وكانت تخرج من الثلث بعد أداء الدين عتقت وطلقت، وإن لم يخرج من الثلث لم تعتق كلها فيكون حكمها في فسخ النكاح ومنع الطلاق كما لو استغرق الدين التركة وإن أسقط الغريم الدين بعد الموت لم يقع الطلاق لأن النكاح انفسخ قبل إسقاطه.

فصل: في مسائل تنبني على نية الحالف وتأويله إذا قال إن لم تخبريني بعدد حب هذه الرمانة فأنت طالق، أو أكل تمراً فقال إن لم تخبريني بعدد ما أكلت فأنت طالق ولم تعلم ذلك فإنها تعدّ له عدداً يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك مثل أن يعلم عدد ذلك ما بين مائة إلى ألف فتعد ذلك كله ولا يحنث إذا كانت نيته ذلك، وإن نوى الاخبار بكميته من غير نقص ولا زيادة لم يبرأ إلا بذلك، وإن أطلق فقياس المذهب أنه لا يبرأ إلا بذلك أيضاً لأن ظاهر حال الحالف إرادته فتنصرف يمينه إليه كالأسماء العرفية التي تنصرف اليمين إلى مسماها عرفاً دون مسماها حقيقة ولو أكل تمراً فقال إن لم تميزي نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق فأفردت كل نواة وحدها فالقول فيها كالتي قبلها، وإن وقفت في ماء جارٍ فحلف عليها إن خرجت منه أو قمت فيه فأنت طالق فقال القاضي: قياس المذهب أنه يحنث إلا أن ينوي عين الماء الذي هي فيه لأن إطلاق يمينه يقتضي خروجها من النهر أو إقامتها فيه.

وقال أبو الخطاب لا يحنث لأن الماء المحلوف عليه جرى عنها وصارت في غيره فلم يحنث سواء أقامت أو خرجت لأنها إنما تقف في غيره أو تخرج منه وكذلك قال القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي لأن الأيمان عندهم تنبني على اللفظ لا على القصد وكذلك قالوا لا يحنث في هذه الأيمان السابقة كلها، ولو قال إن كانت امرأتي في السوق فعبدي حر، وإن كان عبدي في السوق فامرأتي طالق فكانا جميعاً في السوق فقيل يعتق العبد ولا تطلق المرأة لأنه لما حنث في اليمين الأولى عتق العبد فلم يبق له في السوق عبد ويحتمل أن يحنث بناء على قولنا فيمن حلف على معين تعلقت اليمين بعينه دون صفته كمن قال إن كلمت عبدي سعداً فأنت طالق ثم أعتقه وكلمته طلقت فكذلك ها هنا لأن يمينه تعلقت بعبد معين وإن لم يرد عبداً بعينه لم تطلق المرأة لأنه لم يبق له عبد في السوق ولو كان في فيها تمرة فقال أنت طالق إن أكلتها أو ألقيتها أو أمسكتها فأكلت بعضها وألقت بعضها لم يحنث إلا على قول من قال إنه يحنث بفعل بعض المحلوف عليه، وإن نوى الجميع يحنث بحال ولو كانت عنده وديعة لإنسان فأحلفه ظالم أن ليس لفلان عندك وديعة فإنه يحلف ما لفلان عندي وديعة وينوي بما الذي ويبر في يمينه، وكذلك لو سرقت امرأته منه شيئاً فحلف عليها بالطلاق لتصدقني أسرقت مني أم لا؟ وخافت أن تصدقه فإنها تقول سرقت منك ما سرقت منك وتعني الذي سرقت منك، ولو استحلفه ظالم

هل رأيت فلاناً أو لا؟ فإنه يعني برأيت أي ضربت رئته وذكرته أي قطعت ذكره وما طلبت منه حاجة أي الشجرة التي حبسها الحاج ولا أخذت منه فروجاً يعني القباء ولا حصيراً وهو الحبس وأشباه هذا فمتى لم يكن ظالماً فحلف وعنى به هذا تعلقت يمينه بما عناه، ولو كانت له امرأة على درجة فحلف عليها أن لا تنزل عنها ولا تصعد منها ولا تقف عليها فإنها تنتقل عنها إلى سلم آخر وتنزل إن شاءت أو تصعد أو تقف عليه لأن نزولها إنما حصل من غيرها، وإن كان في يمينه ولا انتقلت عنها فإنها تحمل مكرهة، ولو كان في سلم وله امرأتان إحداهما في الغرفة والأخرى في البيت السفلاني فحلف لا صعدت إلى هذه ولا نزلت إلى الأخرى فإن السفلى تصعد وتنزل العليا ثم ينزل إن شاء أو يصعد.

فصل: قال عبد الله بن أحمد: سألت أبي عن رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم أجامعك اليوم وأنت طالق إن اغتسلت منك اليوم؟ قال يصلي العصر ثم يجامعها فإذا غابت الشمس اغتسل إن لم يكن أراد بقوله اغتسلت المجامعة، وقال في رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم أطأك في رمضان فسافر مسيرة أربعة أيام أو ثلاثة ثم وطئها؟ قال لا يعجبني لأنها حيلة ولا تعجبني الحيلة في هذا ولا في غيره. قال القاضي إنما كره أحمد هذا لأن السفر الذي يبيح الفطر أن يكون سفراً مقصوداً مباحاً، وهذا لا يقصد به غير حل اليمين، والصحيح أن هذا تنحل به اليمين ويباح له الفطر فيه لأنه سفر بعيد مباح لقصد صحيح وإرادة حل يمينه من المقاصد الصحيحة، وقد أبحنا لمن له طريقان قصيرة لا تقصر فيها الصلاة وبعيدة أن يسلك البعيدة ليقصر فيها الصلاة ويفطر مع أنه لا قصد له سوى الترخيص فها هنا أولى.

كتاب الرجعة

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله سبحانه: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] إلى قوله: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾ [البقرة: ٢٢٨] والمراد به الرجعة عند جماعة العلماء وأهل التفسير، وقال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] أي بالرجعة ومعناه إذا قاربن بلوغ أجلهن أي انقضاء عدتهن وأما السنة فما روى ابن عمر قال: «طلقت امرأتي وهي حائض، فسأل عمر النبي ﷺ فقال: مره فليراجعها» متفق عليه وروى أبو داود عن عمر قال: «إن النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها» وأجمع أهل العلم أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد إذا طلق دون الاثنتين أن لهما الرجعة في العدة ذكره ابن المنذر.

مسألة: قال: (والزوجة إذا لم يدخل بها تبينها تطليقة وتحرمها الثلاث من الحر والاثنتان من العبد)

أجمع أهل العلم على أن غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة ولا يستحق مطلقها رجعتها. وذلك لأن الرجعة إنما تكون في العدة ولا عدة قبل الدخول لقول الله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾ فبيّن الله سبحانه أنه لا عدة عليها فتبين بمجرد طلاقها وتصير كالمدخول بها بعد انقضاء عدتها لا رجعة عليها، ولا نفقة لها، وإن رغب مطلقها فيها فهو خاطب من الخطاب يتزوجها برضاها بنكاح جديد وترجع إليه بطلقتين، وإن طلقها اثنتين ثم تزوجها رجعت إليه بطلقة واحدة بغير خلاف بين أهل العلم، وإن طلقها ثلاثاً بلفظ واحد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره في قول أكثر أهل العلم، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى، ولا خلاف بينهم في أن المطلقة ثلاثاً بعد الدخول لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره لقول الله سبحانه: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ وروت عائشة: «أن رفاعة

القرظي طلق امرأته فبت طلقها فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير فجاءت رسول الله ﷺ فقالت: إنها كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير، وإنه و الله ما معه إلا مثل هذه الهدبة، وأخذت بهدبة من جلبابها، قالت فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكاً وقال: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته» متفق عليه، وفي إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الإطالة فيه. وجمهور أهل العلم على أنها لا تحل للأول حتى يطأها الزوج الثاني وطأ يوجد فيه التقاء الختانين إلا أن سعيد بن المسيب من بينهم قال إذا: تزوجها تزويجاً صحيحاً لا يريد به إحلالاً فلا بأس أن يتزوجها الأول. قال ابن المنذر لا نعلم أحد من أهل العلم قال بقول سعيد بن المسيب هذا إلا الخوارج أخذوا بظاهر قوله سبحانه: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] ومع تصريح النّبي ﷺ ببيان المراد من كتاب الله وأنها لا تحل للأول حتى يذوق الثاني عسيلتها وتذوق عسيلته لا يعرج على شيء سواه ولا يسوغ لأحد المصير إلى غيره مع ما عليه جملة أهل العلم منهم علي بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم وممن بعدهم مسروق والزهري ومالك وأهل المدينة والثوري وأصحاب الرأي والأوزاعي وأهل الشام والشافعي وأبو عبيدة وغيرهم.

فصل: ويشترط لحلها للأول ثلاثة شروط. أحدها: أن تنكح زوجاً غيره فلو كانت أمة فوطئها سيدها لم يحلها لقول الله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وهذا ليس بزوج، ولو وطئت بشبهة لم تبح لما ذكرنا، ولو كانت أمة فاستبرأها مطلقها لم يحل له وطؤها في قول أكثر أهل العلم، وقال بعض أصحاب الشافعي تحل له لأن الطلاق يختص الزوجية فأثر في التحريم بها وقول الله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] صريح في تحريمها فلا يعول على ما خالفه، ولأن الفرج لا يجوز أن يكون محرماً مباحاً فسقط هذا.

الشرط الثاني: أن يكون النكاح صحيحاً فإن كان فاسداً لم يحلها الوطء فيه. وبهذا قال الحسن والشعبي وحماد ومالك والثوري والأوزاعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد، وقال في القديم يحلها ذلك وهو قول الحكم وخرجه أبو الخطاب وجهاً في المذهب لأنه زوج فيدخل في عموم النص، ولأن النبي ﷺ لعن المحلل والمحلل له فسماه محللاً مع فساد نكاحه.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وإطلاق النكاح يقتضي الصحيح. ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجاً فاسداً لم يحنث، ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزويج الفاسد ولأن أكثر أحكام الزواج غير ثابتة فيه من الإحصان واللعان والظهار والإيلاء والنفقة وأشباه ذلك وأما تسميته محللاً فلقصده التحليل فيما لا يحل ولو أحل حقيقة لما لعن ولا لعن المحلل له وإنما هذا كقول النبي ﷺ: «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه» وقال الله

تعالى: ﴿يُحِلُّونَهُ عَاماً وَيُحَرِّمُونَهُ عَاماً﴾ [التوبة: ٣٧] ولأنه وطء في غير نكاح صحيح أشبه وطء الشبهة. **الشرط الثالث**: أن يطأها في الفرج فلو وطئها دونه أو في الدبر لم يحلها لأن النبي ﷺ علق الحل على ذواق العسيلة منهما، ولا يحصل إلا بالوطء في الفرج وأدناه تغييب الحشفة في الفرج لأن أحكام الوطء تتعلق به. ولو أولج الحشفة من غير انتشار لم تحل له لأن الحكم يتعلق بذواق العسيلة ولا تحصل من غير انتشار، وإن كان الذكر مقطوعاً فإن بقي منه قدر الحشفة فأولجه أحلها وإلا فلا فإن كان خصياً أو مسلولاً أو موجوءاً حلت بوطئه لأنه يطأ كالفحل ولم يفقد إلا الإنزال وهو غير معتبر في الإحلال وهذا قول الشافعي

قال أبو بكر: وقد روي عن أحمد في الخصي أنه لا يحلها فإن أبا طالب سأله في المرأة تتزوج الخصي تستحل به؟ قال لا خصي يذوق العسيلة. قال أبو بكر والعمل على ما رواه مهنا أنها تحل، ووجه الأول أن الخصي لا يحصل منه الإنزال فلا ينال لذة الوطء فلا يذوق العسيلة، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لأن الخصي في الغالب لا يحصل منه الوطء أو ليس بمظنة الإنزال فلا يحصل الإحلال بوطئه كالوطء من غير انتشار.

فصل: واشترط أصحابنا أن يكون الوطء حلالاً فإن وطئها في حيض أو نفاس أو إحرام من أحدهما أو منهما أو وأحدهما صائم فرضاً لم تحل. وهذا قول مالك لأنه وطء حرام لحق الله تعالى فلم يحصل به الإحلال كوطء المرتدة وظاهر النص حلها وهو قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وهذه قد نكحت زوجاً غيره وأيضاً قوله عليه السلام: «حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» وهذا قد وجد ولأنه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام فأحلها كالوطء الحلال وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة أو وطئها مريضة يضرها الوطء وهذا أصح إن شاء الله تعالى وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وأما وطء المرتدة فلا يحلها سواء وطئها في حال ردتها أو ردتها أو وطيء المرتد المسلمة لأنه إن لم يعد المرتد منهما إلى الإسلام تبين أن الوطء في غير نكاح وإن عاد إلى الإسلام في العدة فقد كان الوطء في نكاح غير تام لأن سبب البينونة حاصل فيه، وهكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل إسلام الآخر لم يحلها لذلك.

فصل: فإن تزوجها مملوك ووطئها أحلها وبذلك قال عطاء ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً ولأنه دخل في عموم النص ووطؤه كوطء الحر، وإن تزوجها مراهق فوطئها أحلها في قولهم إلا مالكاً وأبا عبيد فإنهما قالا لا يحلها ويروى ذلك عن الحسن لأنه وطء من غير بالغ فأشبه وطء الصغير.

ولنا: ظاهر النص وأنه وطء من زوج في نكاح صحيح فأشبه البالغ ويخالف الصغير فإنه لا يمكن الوطء منه ولا تذاق عسيلته؛ قال القاضي: ويشترط أن يكون له اثنا عشر سنة لأن من دون ذلك لا يمكنه المجامعة ولا معنى لهذا فإن الخلاف في المجامع ومتى أمكنه الجماع فقد وجد منه المقصود فلا معنى لاعتبار سن ما ورد الشرع باعتبارها وتقديره بمجرد الرأي والتحكم وإن

كانت ذمية فوطئها زوجها الذمي أحلها لمطلقها المسلم، نص عليه أحمد وقال هو زوج وبه تجب الملاعنة والقسم وبه قال الحسن والزهري والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال ربيعة ومالك: لا يحلها.

ولنا: ظاهر الآية ولأنه وطء من زوج في نكاح صحيح تام أشبه وطء المسلم، وإن كانا مجنونين أو أحدهما فوطئها أحلها، وقال أبو عبد الله بن حامد لا يحلها لأنه لا يذوق العسيلة.

ولنا: ظاهر الآية ولأنه وطء مباح في نكاح صحيح أشبه العاقل، وقوله لا يذوق العسيلة لا يصح فإن المجنون إنما هو تغطية العقل. وليس العقل شرطاً في الشهوة وحصول اللذة بدليل البهائم لكن إن كان المجنون ذاهب الحس كالمصروع والمغمى عليه لم يحصل الحل بوطئه ولا بوطء مجنونة في هذه الحال لأنه لا يذوق العسيلة ولا تحصل له لذة، ولعل ابن حامد إنما أراد المجنون الذي هذه حاله، فلا يكون ها هنا اختلاف، ولو وطيء مغمى عليها أو نائمة لا تحس بوطئه فينبغي أن لا تحل بهذا لما ذكرناه وحكاه ابن المنذر، ويحتمل حصول الحل في ذلك كله أخذاً من عموم النص والله أعلم.

فصل: ولو وجد على فراشه امرأة فظنها أجنبية أو ظنها جاريته فوطئها فإذا هي امرأته أحلها لأنه صادف نكاحاً صحيحاً. ولو وطئها فأفضاها أو وطئها وهي مريضة تتضرر بوطئه أحلها لأن التحريم ها هنا لحقها، وإن استدخلت ذكره وهو نائم أو مغمى عليه لم تحل لأنه لا يذوق عسيلتها ويحتمل أن تحل لعموم الآية والله أعلم.

مسألة: قال: (وإذا طلق الحر زوجته أقل من ثلاث فله عليها الرجعة ما كانت في العدة)

أجمع أهل العلم على أن الحر إن طلق الحرة بعد دخوله بها أقل من ثلاث بغير عوض ولا مر يقتضي بينونتها فله عليها الرجعة ما كانت في عدتها وعلى أنه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها لما ذكرنا في أول الباب. وإن طلق الحر امرأته الأمة فهو كطلاق الحرة إلا أن فيه خلافاً ذكرناه فيما مضى وذكرنا أن الطلاق معتبر بالرجال فيكون له رجعتها ما لم يطلقها ثلاثاً كالحرة.

فصل: ولا يعتبر في الرجعة رضى المرأة لقول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾ [البقرة: ٢٢٨] فجعل الحق لهم وقال سبحانه: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] فخاطب الأزواج بالأمر ولم يجعل لهن اختياراً، ولأن الرجعة إمساك للمرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها في ذلك كالتي في صلب نكاحه، وأجمع أهل العلم على هذا.

فصل: والرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ولعانه ويرث أحدهما صاحبه بالإجماع وإن خالعها صح خلعه، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح لأنه يراد للتحريم وهي محرمة.

ولنا: إنها زوجة صح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق وليس مقصود الخلع التحريم بل الخلاص من مضرة الزوج ونكاحه الذي هو سببها، والنكاح باق ولا نأمن من رجعته وعلى اننا نمنع كونها محرمة.

فصل: وظاهر كلام الخرقي أن الرجعية محرمة لقوله: «وإذا لم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً؟ فهو متيقن للتحريم شاك في التحليل» وقد روي عن أحمد ما يدل على هذا وهو مذهب الشافعي وحكي ذلك عن عطاء ومالك، وقال القاضي: ظاهر المذهب أنها مباحة. قال أحمد في رواية أبي طالب لا تحتجب عنه وفي رواية أبي الحارث تتشرف له ما كانت في العدة، فظاهر هذا أنها مباحة له وله أن يسافر بها ويخلو بها ويطؤها: وهذا مذهب أبي حنيفة لأنها في حكم الزوجات فأبيحت له كما قبل الطلاق، ووجه الأولى أنها طلقة واقعة فأثبتت التحريم كالتي بعوض ولا خلاف في أنه لا حد عليه بالوطء. ولا ينبغي أن يلزمه مهر سواء راجع أو لم يراجع لأنه وطىء زوجته التي يلحقها طلاقه فلم يكن عليه مهر كسائر الزوجات، ويفارق ما لو وطىء الزوج بعد إسلام أحدهما في العدة حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر في العدة لأنه إذا لم يسلم تبينا أن الفرقة وقعت من حين إسلام المسلم الأول منهما، وهي فرقة فسخ تبين به من نكاحه. فأشبهت التي أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه وفي مسألتنا لا تبين إلا بانقضاء العدة فافترقا، وقال أبو الخطاب إذا أكرهها على الوطء وجب عليه المهر عند من حرمها، وهو المنصوص عن الشافعي لأنه وطء حرمه الطلاق فوجب به المهر كوطء البائن والفرق ظاهر، فإن البائن ليست زوجة له وهذه زوجته، وقياس الزوجة على الأجنبية في الوطء وأحكامه بعيد.

مسألة: قال: (وللعبد بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث)

أجمع العلماء على أن للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة. إذا وجدت شروطها، فإن طلقها ثانية فلا رجعة له سواء كانت امرأته حرة أو أمة لأن طلاق العبد اثنتان. وفي هذا خلاف ذكرناه فيما مضى.

مسألة: قال: (ولو كانت حاملاً باثنين فوضعت أحدهما فله مراجعتها ما لم تضع الثاني)

هذا قول عامة العلماء إلا أنه حكي عن عكرمة أن العدة تنقضي بوضع الأول وما عليه سائر أهل العلم أصح فإن العدة لا تنقضي إلا بوضع الحمل كله لقول الله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] واسم الحمل متناول لكل ما في البطن فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع باقي الحمل فتبقى الرجعة ببقائها ولو انقضت العدة بوضع بعض الحمل لحل لها التزويج وهي حامل من زوج آخر ولا قائل به. وأظن أن قتادة ناظر عكرمة في هذا فقال عكرمة: تنقضي عدتها بوضع أحد الولدين فقال له قتادة أيحل لها أن تتزوج؟ قال: لا. قال: خصم العبد ولو خرج بعض الولد فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح. لأنها لم تضع جميع حملها فصارت كمن ولدت أحد الولدين.

فصل: إذا انقطع حيض المرأة في المرة الثالثة ولما تغتسل، فهل تنقضي عدتها بطهرها؟ فيه روايتان ذكرهما ابن حامد. إحداهما: لا تنقضي عدتها حتى تغتسل ولزوجها رجعتها في ذلك، وهذا ظاهر كلام الخرقي فإنه قال في العدة فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج. وهذا قول كثير من أصحابنا، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وسعيد بن المسيب والثوري وأبي عبيد، وروي نحوه عن أبي بكر الصديق وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء، وروي عن شريك له الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة. ووجه هذا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعاً، ولأن أكثر أحكام الحيض لا تزول إلا بالغسل وكذلك هذا.

والرواية الثانية: أن العدة تنقضي بمجرد الطهر قبل الغسل. وهو قول طاوس وسعيد بن جبير والأوزاعي واختاره أبو الخطاب لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والقرء الحيض، وقد زالت فيزول التربص، وفيما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «وقرء الأمة حيضتان» وقال: «دعي الصلاة أيام اقرائك» يعني أيام حيضك. ولأن انقضاء العدة تتعلق به بينونتها من الزوج وحلها لغيره فلم يتعلق بفعل اختياري من جهة المرأة بغير تعليق الزوج كالطلاق وسائر العدد، ولأنها لو تركت الغسل اختياراً أو لجنون أو نحوه لم تحل إما أن يقال بقول شريك إنها تبقى معتدة ولو بقيت عشرين سنة وذلك خلاف قول الله: ﴿ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فإنها تصير عدتها أكثر من مائتي قرء أو يقال تنقضي العدة قبل الغسل فيكون رجوعاً عن قولهم ويحمل قول الصحابة في قولهم حتى تغتسل أي يلزمها الغسل.

فصل: إذا تزوجت الرجعية في عدتها وحملت من الزوج الثاني انقطعت عدتها من الأول بوطء الثاني. وهل يملك الزوج رجعتها في عدة الحمل؟ يحتمل وجهين:

أولاهما: أنه له رجعتها لأنها لم تنقض عدتها فحكم نكاحه باق يلحقها طلاقه وظهاره، وإنما انقطعت عدته لعارض. فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه فإنها تحرم عليه وتبقى سائر أحكام الزوجية. ولأنه يملك ارتجاعها إذا عادت إلى عدته فملكه قبل ذلك كما لو ارتفع حيضها في أثناء عدتها.

والوجه الثاني: ليس له رجعتها لأنها ليست في عدته فإذا وضعت الحمل انقضت عدة الثاني. وبنت على ما مضى من عدة الأول وله ارتجاعها حينئذ وجهاً واحداً ولو كانت في نفاسها لأنها بعد الوضع تعود إلى عدة الأول، وإن لم تحتسب به فكان له الرجعة فيه كما لو طلق حائضاً. فإن له رجعتها في حيضها، وإن كانت لا تعتد بها، وإن حملت حملاً يمكن أن يكون منهما فعلى الوجه الذي لا يملك رجعتها في حملها من الثاني إذاً راجعها في هذا الحمل. ثم بان أنه من الثاني لم يصح وإن بان من الأول احتمل أن يصح لأنه راجعها في عدتها منه. واحتمل أن لا يصح لأنه راجعها مع الشك في إباحة الرجعة. والأول أصح فإن الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك في صحتها، وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيما إذا نسي صلاة من يوم لا يعلم

عينها فصلى خمس صلوات فإن كل صلاة يشك في أنها هي المنسية أو غيرها. ولو شك في الحدث فتطهر ينوي رفع الحدث تحت طهارته. وارتفع حدثه فها هنا أولى، فإن راجعها بعد الوضع وبان أن الحمل من الثاني. صحت رجعته، وإن بان من الأول لم تصح الرجعة. لأن العدة انقضت بوضعه.

مسألة: قال: (والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين: اشهدا أني قد راجعت امرأتي بلا ولي يحضره ولا صداق يزيده، وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه تجوز الرجعة بلا شهادة)

وجملته: أن الرجعة لا تفتقر إلى ولي ولا صداق ولا رضى المرأة ولا علمها بإجماع أهل العلم لما ذكرنا من أن الرجعية في أحكام الزوجات والرجعة إمساك لها واستبقاء لنكاحها، ولهذا سمى الله سبحانه وتعالى الرجعة إمساكاً وتركها فراقاً وسراحاً فقال: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢] وفي آية أخرى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْروفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وإنما تشعث النكاح بالطلقة وانعقد بها سبب زواله، فالرجعة تزيل شعثه وتقطع مضيه إلى البينونة فلم يحتج لذلك إلى ما يحتاج إليه ابتداء النكاح، فأما الشهادة ففيها روايتان:

إحداهما: تجب وهذا أحد قولي الشافعي لأن الله تعالى قال: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وظاهر الأمر الوجوب ولأنه استباحة بضع مقصود فوجبت الشهادة فيه كالنكاح وعكسه البيع.

والرواية الثانية: لا تجب الشهادة وهي اختيار أبي بكر وقول مالك وأبي حنيفة لأنها لا تفتقر إلى قبول فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج، ولأن ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع، وعند ذلك يحمل الأمر على الاستحباب، ولا خلاف بين أهل العلم في أن السنة الإشهاد. فإن قلنا هي شرط فإنه يعتبر وجودها حال الرجعة فإن ارتجع بغير شهادة لم يصح لأن المعتبر وجودها في الرجعة دون الإقرار بها إلا أن يقصد بذلك الإقرار الارتجاع فيصح.

فصل: وظاهر كلام الخرقي: أن الرجعة لا تحصل إلا بالقول بقوله المراجعة أن يقول: وهذا مذهب الشافعي لأنها استباحة بضع مقصود أمر بالإشهاد فيه فلم تحصل من القادر بغير قول كالنكاح، ولأن غير القول فعل من قادر على القول فلم تحصل به الرجعة كالإشارة من الناطق وهذا إحدى الروايتين عن أحمد.

والرواية الثانية: تحصل الرجعة بالوطء سواء نوى به الرجعة أو لم ينو اختارها ابن حامد والقاضي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وطاوس والزهري والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي، قال بعضهم: ويشهد، وقال مالك وإسحاق تكون

رجعة إذا أراد به الرجعة لأن هذه مدة تفضي إلى بينونة فترتفع بالوطء كمدة الإيلاء، ولأن الطلاق سبب لزوال الملك ومعه خيار فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله كوطء البائع الأمة المبيعة في مدة الخيار وذكر أبو الخطاب أننا إذا قلنا الوطء مباح حصلت الرجعة به كما ينقطع به التوكيل في طلاقها، وإن قلنا هو محرم لم تحصل الرجعة به لأنه فعل محرم فلا يكون سبباً للحل كوطء المحلل.

فصل: فأما إن قبلها أو لمسها لشهوة أو كشف فرجها ونظر إليه فالمنصوص عن أحمد أنه ليس برجعة وقال ابن حامد فيه وجهان:

أحدهما: هو رجعة وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لأنه استمتاع يستباح بالزوجية فحصلت الرجعة به كالوطء.

والثاني: أنه ليس برجعة لأنه أمر لا يتعلق به إيجاب عدة ولا مهر فلا تحصل به الرجعة كالنظر فأما الخلوة بها فليس برجعة لأنه ليس باستمتاع وهذا اختيار أبي الخطاب وحكي عن غيره من أصحابنا أن الرجعة تحصل به لأنه معنى يحرم من الأجنبية ويحل من الزوجة فحصلت به الرجعة كالاستمتاع. والصحيح أنه لا تحصل الرجعة بها لأنها لا تبطل اختيار المشتري للأمة فلم تكن رجعة كاللمس لغير شهوة، فأما اللمس لغير شهوة والنظر لذلك ونحوه فليس برجعة لأنه يجوز في غير الزوجة عند الحاجة فأشبه الحديث معها.

فصل: فأما القول فتحصل به الرجعة بغير خلاف وألفاظه راجعتك وارتجعتك ورددتك وأمسكتك لأن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب والسنة فالرد والإمساك ورد بهما الكتاب بقوله سبحانه: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ في ذلك﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقال: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] يعني الرجعة. والرجعة وردت بها السنة بقول النبي ﷺ: «مره فليراجعها» وقد اشتهر هذا الاسم فيها بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه فإنهم يسمونها رجعة والمرأة رجعية ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده لاشتهاره دون غيره كقولنا في صريح الطلاق، والاحتياط أن يقول: راجعت امرأتي إلى نكاحي أو زوجتي أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقي، فإن قال نكحتها أو تزوجتها فهذا ليس بصريح فيها لأن الرجعة ليست بنكاح، وهل تحصل به الرجعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تحصل به الرجعة لأن هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود ولا تحصل بالكناية كالنكاح. والثاني: تحصل به الرجعة أومأ إليه أحمد واختاره ابن حامد لأنه تباح به الأجنبية فالرجعية أولى. وعلى هذا يحتاج أن ينوي به الرجعة لأن ما كان كناية تعتبر له النية ككنايات الطلاق.

فصل: فإن قال راجعتك للمحبة أو قال للإهانة أو قال أردت أنني راجعتك لمحبتي إياك أو إهانة لك صحت الرجعة لأنه أتى بالرجعة وبين سببها وإن قال أردت أنني كنت أهنتك أو أحبك وقد رددتك بفراقي إلى ذلك فليس برجعة، وإن أطلق ولم ينو شيئاً صحت الرجعة،

ذكره القاضي لأنه أتى بصريح الرجعة وضم إليه ما يحتمل أن يكون بياناً لسببها، ويحتمل غيره فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك وهذا مذهب الشافعي.

فصل: ولا يصح تعليق الرجعة على شرط لأنه استباحة فرج مقصود فأشبه النكاح، ولو قال راجعتك إن شئت لم يصح كذلك، ولو قال كلما طلقتك فقد راجعتك لم يصح كذلك ولأنه راجعها قبل أن يملك الرجعة فأشبه الطلاق قبل النكاح، وإن قال إن قدم أبوك فقد راجعتك لم يصح لأنه تعليق على شرط.

فصل: فإن راجعها في الردة من أحدهما فذكر أبو الخطاب أنه لا يصح وهو صحيح مذهب الشافعي لأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح ولأن الرجعة تقرير للنكاح والردة تنافي ذلك فلم يصح اجتماعهما، وقال القاضي: إن قلنا تتعجل الفرقة بالردة لم تصح الرجعة لأنها قد بانت بها، وإن قلنا لا تتعجل الفرقة فالرجعة موقوفة إن أسلم المرتد منهما في العدة صحت الرجعة لأننا تبينا أنه ارتجعها في نكاحه، ولأنه نوع إمساك فلم تمنع منه الردة كما لو لم يطلق، وإن لم يسلم في العدة تبينا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة وهذا قول المزني واختيار أبي حامد وهكذا ينبغي أن يكون فيما إذا راجعها بعد إسلام أحدهما.

مسألة: قال: (وإذا قال قد ارتجعتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قولها ما ادعت من ذلك ممكناً)

وجملة ذلك: أن المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها في مدة يمكن انقضاؤها فيها قبل قولها لقول الله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] قيل في التفسير هو الحيض والحمل فلولا أن قولهن مقبول لم يحرجن بكتمانه ولأنه أمر تختص بمعرفته فكان القول قولها فيه كالنية من الإنسان فيما تعتبر فيه النية أو أمر لا يعرف إلا من جهتها فقبل قولها فيه كما يجب على التابعي قبول خبر الصحابي عن رسول الله ﷺ، فأما ما تنقضي به العدة فلا يخلو من ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أن تدعي انقضاء عدتها بالقروء وأقل ذلك ينبني على الخلاف في أقل الطهر بين الحيضتين وعلى الخلاف في القروء هل هي الحيض أو الاطهار؟ فإن قلنا هي الحيض وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً فأقل ما تنقضي به العدة تسعة وعشرون يوماً ولحظة، وذلك أن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض بعده يوماً وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض، وإن لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلا بد منها لمعرفة انقطاع حيضها ولو صادفتها رجعته لم تصح، ومن اعتبر الغسل في قضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض، وإن قلنا القرء الحيض والطهر خمسة عشر يوماً. فأقل ما تنقضي به العدة ثلاثة وثلاثون يوماً ولحظة تزيد أربعة أيام في الطهرين. وإن قلنا القروء الأطهار وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً فإن عدتها

تنقضي بثمانية وعشرين يوماً ولحظتين وهو أن يطلقها في آخر لحظة من طهرها فتحتسب بها قرءاً ثم تحتسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوماً وبينهما حيضتين يومين فإذا طعنت في الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها، وإن قلنا الطهر خمسة عشر يوماً زدنا على هذا أربعة أيام في الطهرين فيكون اثنين وثلاثين يوما ولحظتين وهذا قول الشافعي، فإن كانت أمة انقضت عدتها بخمسة عشر يوماً ولحظة على الوجه الأول وتسعة عشر يوماً ولحظة على الوجه الثاني وبأربعة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الثالث وستة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الرابع، فمتى ادعت انقضاء عدتها بالقروء في أقل من هذا لم يقبل قولها عند أحد فيما أعلم لأنه لا يحتمل صدقها.

وإن ادعت انقضاء عدتها في أقل من شهر لم يقبل قولها إلا ببينة لأن شريحاً قال: إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله أنها رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها وإلا فهي كاذبة، وقال له علي بن أبي طالب: قالون، ومعناه بالرومية أصبت أو أحسنت، فأخذ أحمد بقول علي في الشهر، فإن ادعت ذلك في أكثر من شهر صدقها على حديث، «إن المرأة ائتمنت على فرجها» ولأن حيضها في الشهر ثلاث حيض ينـدر جداً فرجح ببينة ولا يندر فيما زاد على الشهر كندرته فيه فقبل قولها من غير بينة، وقال الشافعي لا يقبل قولها في أقل من اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين ولا يقبل في أقل من ذلك بحال لأنه لا يتصور عنده أقل من ذلك.

وقال النعمان لا تصدق في أقل من ستين يوماً، وقال صاحباه لا تصدق في أقل من تسعة وثلاثين يوماً لأن أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام فثلاث حيض تسعة أيام وطهران ثلاثون يوماً والخلاف في هذا ينبني على الخلاف في أقل الحيض وأقل الطهر وفي القروء ما هي وقد سبق.

ومما يدل عليه في الجملة قبول علي وشريح بينتها على انقضاء عدتها في شهر ولولا تصوره لما قبلت عليه بينة ولا سمعت فيه دعوى ولا يتصور إلا بما قلناه. فأما إن ادعت انقضاء العدة في أقل من ذلك لم تسمع دعواها ولا يصغى إلى بينتها لأننا نعلم كذبها، فإن بقيت على دعواها حتى أتى عليها ما يمكن صدقها فيه نظرنا فإن بقيت على دعواها المردودة لم يسمع قولها لأنها تدعي محالاً، وإن ادعت أنها انقضت عدتها في هذه المدة كلها أو فيما يمكن منها قبل قولها لأنه أمكن صدقها ولا فرق في ذلك بين الفاسقة والمرضية والمسلمة والكافرة لأن ما يقبل فيه قول الإنسان على نفسه لا يختلف باختلاف حاله كإخباره عن بينة فيما تعتبر فيه بينة.

القسم الثاني: أن تدعي انقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يخلو إما أن تدعي وضع الحمل التام أو أنها أسقطته قبل كماله فإن ادعت وضعه لتمام فلا يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العقد لأنه لا يكمل في أقل من ذلك وإن ادعت أنها أسقطته لم يقبل قولها في أقل من ثمانين يوماً من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح، لأن أقل سقط تنقضي به

العدة ما أتى عليه ثمانون يوماً لأنه يكون نطفة أربعين يوماً ثم يكون علقة أربعين يوماً ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضي به العدة قبل أن يصير مضغة بحال، وهذا قول الشافعي.

القسم الثالث: أن تدعي انقضاء عدتها بالشهور فلا يقبل قولها فيه لأن الخلاف في ذلك ينبني على الاختلاف في وقت الطلاق والقول قول الزوج فيه فيكون القول قوله فيما ينبني عليه إلا أن يدعي الزوج انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها مثل أن يقول طلقتك في شوال فتقول هي بل في ذي الحجة فالقول قولها لأنه يدعي ما يسقط النفقة والأصل وجوبها فلا يقبل إلا ببينة ولو ادعت ذلك ولم يكن لها نفقة قبل قولها لأنها تقر على نفسها بما هو أغلظ.

ولو انعكست الدعوى فقال طلقتك في ذي الحجة فلي رجعتك فقالت بل طلقتني في شوال فلا رجعة لك فالقول قوله لأن الأصل بقاء نكاحه ولأن القول قوله في إثبات الطلاق ونفيه فكذلك في وقته، إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا القول قولها فأنكرها الزوج فقال الخرقي: عليها اليمين وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقد أومأ إليه أحمد في رواية أبي طالب.

وقال القاضي: قياس المذهب أن لا يجب عليها يمين وقد أومأ إليه أحمد فقال لا يمين في نكاح ولا طلاق وهو قول أبي حنيفة لأن الرجعة لا يصح بذلها فلا يستحلف فيها كالحدود. والأول أولى لقول رسول الله ﷺ: «اليمين على المدعى عليه» ولأنه حق آدمي يمكن صدق مدعيه فيجب اليمين فيه كالأموال فإن نكلت عن اليمين فقال القاضي لا يقضى بالنكول لأنه مما لا يصح بذله، ويحتمل أن يستحلف الزوج وله رجعتها بناء على القول برد اليمين على المدعي وذلك لأنه لما وجد النكول منها ظهر صدق الزوج وقوي جانبه واليمين تشرع في حق من قوي جانبه ولذلك شرعت في حق المدعى عليه لقوة جانبه باليد في العين وبالأصل في براءة الذمة في الدين وهذا مذهب الشافعي.

فصل: وإذا ادعى الزوج في عدتها أنه كان راجعها أمس أو منذ شهر قبل قوله لأنه لما ملك الرجعة ملك الإقرار بها كالطلاق وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم، وإن قال بعد انقضاء عدتها: كنت راجعتك في عدتك فأنكرته فالقول قولها بإجماعهم، لأنه ادعاها في زمن لا يملكها والأصل عدمها وحصول البينونة، فإن كان اختلافهما في زمن يمكن فيه انقضاء عدتها وبقاؤها فبدأت فقالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعتك فأنكرته لم يقبل قوله لأن خبرها بانقضاء عدتها مقبول لإمكانه فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها فلم تقبل فإن سبقها بالدعوى فقال قد كنت راجعتك أمس فقالت قد انقضت عدتي قبل دعواك فالقول قوله لأن دعواه للرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها في زمن الظاهر قبول قوله فيه فلا يقبل قولها بعد ذلك في إبطاله ولو سبق فقال قد راجعتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فأنكرها فقال القاضي: القول قوله لما ذكرنا وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي، وظاهر كلام الخرقي أن قولها مقبول سواء سبقها بالدعوى أو سبقته وهو وجه ثان لأصحاب الشافعي لأن

الظاهر البينونة والأصل عدم الرجعة فكان الظاهر معها ولأن من قبل قوله سابقاً قبل قوله مسبوقاً كسائر من يقبل قوله. ولهم وجه ثالث أن القول قول الزوج بكل حال لأن المرأة تدعي ما يرفع النكاح وهو ينكره فكان القول قوله كما لو ادعى المولي والعنين إصابة امرأته فأنكرته وهذا لا يصح فإنه قد انعقد سبب البينونة وهو مفض إليها ما لم يوجد ما يرفعه ويزيل حكمه، والأصل عدمه فكان القول قول من ينكره بخلاف ما قاسوا عليه وإن وقع القول منهما جميعاً فلا رجعة لأن خبرها بانقضاء عدتها يكون بعدها فيكون قوله بعد العدة فلا يقبل قال أبو الخطاب ويحتمل أن يقرع بينهما فيكون القول قول من تقع له القرعة والصحيح الأول.

فصل: وإن اختلفا في الإصابة فقال قد أصبتك فلي رجعتك فأنكرته أو قالت قد أصابني فلي المهر كاملاً فالقول قول المنكر منهما لأن الأصل معه فلا يزول إلا بيقين وليس له رجعتها في الموضعين لأنه أنكر الإصابة فهو يقر على نفسه ببينونتها وأنه لا رجعة له عليها، وإن أنكرتها هي فالقول قولها ولا تستحق إلا نصف المهر في الموضعين لأنها إن أنكرتها فهي مقرة أنها لا تستحق إلا نصف المهر وإن أنكرها فالقول قوله هذا إن كان غير مقبوض فإن كان اختلافهما بعد قبضها له وادعى إصابتها فأنكرته لم يرجع عليها بشيء لأنه يقر لها به ولا يدعيه، وإن كان هو المنكر رجع عليها بنصفه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي. فإن قيل فلم قبلتم قول المولي والعنين في الإصابة ولم تقبلوه ها هنا؟ قلنا: لأن المولي والعنين يدعيان ما يبقي النكاح على الصحة ويمنع فسخه، والأصل صحة العقد وسلامته فكان قولهما موافقاً للأصل فقبل، وفي مسألتنا قد وقع ما يرفع النكاح ويزيله وهو مار الى بينونة وقد اختلفا فيما يرفع حكم الطلاق ويثبت له الرجعة، والأصل عدم ذلك فكان قوله مخالفاً للأصل فلم يقبل، ولأن المولي والعنين يدعيان الإصابة في موضع تحققت فيه الخلوة والتمكين من الوطء لأنه لو لم يوجد ذلك لما استحقتا الفسخ بعد الوطء فكان الاختلاف فيما يختص به وفي مسألتنا لم تتحقق خلوة ولا تمكين لأنه لو تحقق ذلك لوجب المهر كاملاً فكان الاختلاف في أمر ظاهر لا يختص به فلم يقبل فيه قول مدعيه إلا ببينة. وهل يشرع اليمين في حق من القول قوله ها هنا؟ على وجهين.

فصل: والخلوة كالإصابة في إثبات الرجعة للزوج على المرأة التي خلا بها في ظاهر قول الخرقي لقوله: حكمها حكم الدخول في جميع أمورها. وهذا قول الشافعي في القديم، وقال أبو بكر لا رجعة له عليها إلا أن يصيبها وبه قال النعمان وصاحباه والشافعي في الجديد لأنها غير مصابة فلا تستحق رجعتها كغير التي خلا بها.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] إلى قوله ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ولأنها معتدة من طلاق لا عوض فيه ولم تستوف عدده فثبت عليها الرجعة كالمصابة ولأنها معتدة يلحقها طلاقه فملك رجعتها كالتي أصابها. وفارق التي لم يخل بها فإنها بائن منه لا عدة لها، ولا يلحقها طلاقه وإنما تكون الرجعة للمعتدة التي يلحقها طلاقه.

فصل: وإن ادعى زوج الأمة بعد عتقها أنه كان راجعها في عدتها فكذبته وصدقه مولاها فالقول قولها نص عليه أحمد وبذلك قال أبو حنيفة ومالك، وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الزوج وهو أحق بها لأن إقرار مولاها مقبول في نكاحها فقبل قوله في رجعتها كالحرة إذا أقرت.

ولنا: إن قولها في انقضاء عدتها مقبول فقبل في إنكارها للرجعة كالحرة ولأنه اختلاف منهما فيما يثبت به النكاح فيكون المنازع هي دون سيدها كما لو اختلفا في الإصابة، وإنما قبل قول السيد في النكاح لأنه يملك إنشاءه فملك الإقرار به بخلاف الرجعة، وإن صدقته هي وكذبه مولاها لم يقبل إقرارها لأن حق السيد يتعلق بها وحلت له بانقضاء عدتها فلم يقبل قولها في إبطال حقه كما لو تزوجت ثم أقرت أن مطلقها كان راجعها ولا يلزم من قبول إنكارها قبول تصديقها كالتي تزوجت فإنه يقبل إنكارها ولا يقبل تصديقها.

إذا ثبت هذا فإن مولاها إذا علم صدق الزوج في رجعتها لم يحل له وطؤها ولا تزويجها، وإن علمت هيَ صدق الزوج في رجعتها فهي حرام على سيدها ولا يحل له تمكينه من وطئها إلا مكرهة كما قبل طلاقها.

فصل: ولو قالت انقضت عدتي ثم قالت ما انقضت بعد فله رجعتها لأنها أقرت بكذبها فيما يثبت به حق عليها فقبل إقرارها ولو قال أخبرتني بانقضاء عدتها ثم راجعتها ثم أقرت بكذبها في انقضاء عدتها وأنكرت ما ذكر عنها وأقرت أن عدتها لم تنقض فالرجعة صحيحة لأنه لم يقر بانقضاء عدتها وإنما أخبر بخبرها عن ذلك وقد رجعت عن خبرها فقبل رجوعها لما ذكرناه.

مسألة: قال: (وإذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على ما مضى من العدة)

وبهذا قال أبو حنيفة وهو قول الشافعي وله قول ثان إنها تستأنف العدة لأنها طلقة واقعة في حق مدخول بها فاقتضت عدة كاملة كالأولى.

ولنا: إنهما طلاقان لم يتخللهما إصابة ولا خلوة فلم يجب بهما أكثر من عدة كما لو والى بينهما أو كما لو انقضت عدتها ثم نكحها وطلقها قبل دخوله بها، وهكذا الحكم لو طلقها ثم فسخ نكاحها لعيب في أحدهما أو لعتقها تحت عبد أو غيره أو انفسخ نكاحها لرضاع أو اختلاف دين أو غير ذلك لأن الفسخ في معنى الطلاق.

فصل: وإن طلقها ثم راجعها ثم طلقها قبل دخوله بها ففيه روايتان: **إحداهما**: تبني على ما مضى من العدة نقلها الميموني وهي اختيار أبي بكر وقول عطاء وأحد قولي الشافعي لأنهما طلاقان لم يتخللهما دخول بها فكانت العدة من الأول منهما كما لو لم يرتجعها ولأن الرجعة لم يتصل بها دخول فلم يجب بالطلاق منها عدة كما لو نكحها ثم طلقها قبل الدخول.

والثانية: تستأنف العدة نقلها ابن منصور وهي أصح وهذا قول طاوس وأبي قلابة وعمرو بن دينار وجابر وسعيد بن عبد العزيز وإسحاق وأبي ثور وأبي عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر. وقال الثوري أجمع الفقهاء على هذا.

وحكى أبو الخطاب عن مالك: إن قصد الإضرار بها بنت وإلا استأنفت لأن الله تعالى إنما جعل الرجعة لمن أراد الإصلاح بقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾ [البقرة: ٢٢٨] والذي قصد الإضرار لم يقصد الإصلاح.

ولنا: إنه طلاق في نكاح مدخول بها فيه فأوجب عدة كاملة كما لو لم يتقدمه طلاق. وهذا لأن الطلقة الأولى شعثت النكاح والرجعة لمت شعثه وقطعت عمل الطلاق فصار الطلاق الثاني في نكاح غير مشعث مدخول بها فيه فأوجب عدة كالأول وكما لو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها فإنها تستأنف عدة كذا ها هنا. ويفارق الطلاق قبل الرجعة فإنه جاء بعد طلاق مفض إلى بينونة فإن راجعها ثم دخل بها ثم طلقها فإنها تستأنف عدة بغير اختلاف بين أهل العلم لأنه بالوطء بعد الرجعة صار كالناكح ابتداء إذا وطىء.

فصل: وإن خالع زوجته أو فسخ النكاح ثم نكحها في عدتها ثم طلقها فإن كان دخل بها فعليها العدة بلا خلاف لأنه طلاق في نكاح مدخول بها فيه لم يتقدمه طلاق سواه، وإن لم يكن دخل بها بنت على العدة الأولى في الصحيح من المذهب، وعنه أنها تستأنف العدة وهو قول أبي حنيفة لأن النكاح أقوى من الرجعة، ولو طلقها بعد الرجعة استأنفت العدة فها هنا أولى.

ولنا: إنه طلاق من نكاح لم يصبها فيه فلم تجب به عدة كما لو نكحها بعد انقضاء عدتها وفارق الرجعة لأنها ردت المرأة إلى النكاح الأول فكان الطلاق الثاني في نكاح اتصل به الدخول، وهذا النكاح جديد بعد البينونة من الأولى ولم يوجد فيه دخول، فأشبه التزويج بعد قضاء العدة، وأما بناؤها على العدة الأولى فلأنها إنما قطع في حكمها النكاح وقد زال فيعود إليها. ولو أسلمت زوجته ثم أسلم في عدتها أو أسلم هو ثم أسلمت هي في عدتها وطلقها قبل وطئه أو بعده أو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها فعليها عدة مستأنفة بلا خلاف لأنه طلاق في نكاح وطىء فيه أشبه الطلاق في النكاح الأول.

فصل: ومتى وطىء الرجعية وقلنا إن الوطء لا تحصل به الرجعة فعليها أن تستأنف العدة من الوطء، ويدخل فيها بقية عدة الطلاق لأنها عدتان من رجل واحد فتداخلتا كما لو طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها وله ارتجاعها في بقية العدة الأولى لأنها عدة من الطلاق فإذا مضت البقية لم يكن له ارتجاعها في بقية عدة الوطء لأنها عدة من وطء شبهة فإن حبلت من الوطء صارت في عدة الوطء وتدخل فيها البقية الأولى ولأنها عدتان لواحد فأشبه ما لو كانا بالإقراء. وتنقضي العدتان جميعاً بوضع الحمل لأنه لا يتبعض وله مراجعتها قبل وضعه لأنها في عدة من الطلاق، ويحتمل أن لا يتداخلا لأنهما من جنسين، فعلى هذا تصير معتدة من

الوطء خاصة، وهل له رجعتها في مدة الحمل؟ على وجهين مضى توجيههما فيما إذا حملت من وطء زوج ثان فإذا وضعت أتمت عدة الطلاق وله ارتجاعها في هذه البقية لأنها من عدة الطلاق، ولو طلقها حاملاً ثم وطئها انقضت عدتها بوضع الحمل منهما جميعاً، ويحتمل أن تستأنف عدة الوطء بعد وضع الحمل لما ذكرنا ولا رجعة له بعد وضع الحمل في هذه الصورة بكل حال. ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على ما ذكرنا سواء.

مسألة: قال: (وإذا طلقها ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم فاعتدت ثم نكحت من أصابها ردت إليه ولا يصيبها حتى تنقضي عدتها في إحدى الروايتين، والأخرى هي زوجة الثاني).

وجملة ذلك:أن زوج الرجعية إذا راجعها وهي لا تعلم صحت المراجعة، لأنها لا تفتقر إلى رضاها فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها فإذا راجعها ولم تعلم فانقضت عدتها ثم تزوجت ثم جاء وادعى أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها وأقام البينة على ذلك ثبت أنها زوجته وأن نكاح الثاني فاسد، لأنه تزوج امرأة غيره وترد إلى الأول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل بها، هذا هو الصحيح وهو مذهب أكثر الفقهاء منهم الثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه.

وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية ثانية: إن دخل بها الثاني فهي امرأته، ويبطل نكاح الأول. روي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وهو قول مالك، وروي معناه عن سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن القاسم ونافع لأن كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يجوز له العقد في الظاهر ومع الثاني مزية الدخول فقدم بها.

ولنا: إن الرجعة قد صحت وتزوجت وهي زوجة الأول فلم يصح نكاحها كما لو لم يطلقها. فإذا ثبت هذا فإن كان الثاني ما دخل بها فرق بينهما وردت إلى الأول ولا شيء على الثاني، وإن كان دخل بها فلها عليه مهر المثل لأن هذا وطء شبهة، وتعتد ولا تحل للأول حتى تنقضي عدتها منه، وإن أقام البينة قبل دخول الثاني بها ردت إلى الأول بغير خلاف في المذهب. وهو إحدى الروايتين عن مالك. وأما إن تزوجها مع علمهما بالرجعة أو علم أحدهما فالنكاح باطل بغير خلاف والوطء محرم على من علم منهما وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره لأنه وطىء امرأة غيره مع علمه. فأما إن لم يكن لمدعي الرجعة بينة فأنكره أحدهما لم يقبل قوله، ولكن إن أنكراه جميعاً فالنكاح صحيح في حقهما، وإن اعترفا له بالرجعة ثبتت والحكم فيه كما لو قامت به البينة سواء، وإن أقر له الزوج وحده فقد اعترف بفساد نكاحه فتبين منه وعليه مهرها إن كان بعد الدخول أو نصفه إن كان قبله لأنه لا يصدق على المرأة في إسقاط حقها عنه ولا تسلم المرأة إلى المدعي لأنه لا يقبل قول الزوج الثاني عليها وإنما يلزمه في حقه ويكون القول قولها وهل هو مع يمينها أو لا؟ على وجهين، والصحيح أنها لا تستحلف لأنها لو أقرت لم يقبل إقرارها

فإذا أنكرت لم تجب اليمين بإنكارها، وإن اعترفت المرأة وأنكر الزوج لم يقبل اعترافها على الزوج في فسخ النكاح لأن قولها إنما يقبل على نفسها في حقها، وهل يستحلف؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: لا يستحلف، اختاره القاضي لأنه دعوى في النكاح فلم يستحلف كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته.

والثاني: يستحلف، قال القاضي وهو قول الخرقي لعموم قوله عليه السلام: «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولأنه دعوى في حق آدمي فيستحلف فيه كالمال فإن حلف فيمينه على نفي العلم لأنه على نفي فعل الغير فإن زال نكاحه بطلاق أو فسخ أو موت ردت إلى الأول من غير عقد لأن المنع من ردها إنما كان لحق الثاني، فإذا زال المانع وحكم بأنها زوجة الأول كما لو شهد بحرية عبد ثم اشتراه عتق عليه ولا يلزمها للأول مهر بحال وذكر القاضي أن عليها له مهراً وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها بغير حق فأشبه شهود الطلاق إذا رجعوا.

ولنا: إن ملكها استقر على المهر فلم يرجع به عليها كما لو ارتدت أو أسلمت أو قتلت نفسها فإن مات الأول وهي في نكاح الثاني فينبغي أن ترثه لإقراره بزوجيتها أو إقرارها بذلك، وإن ماتت لم يرثها لأنها لا تصدق في إبطال ميراث الزوج الثاني كما لم تصدق في إبطال نكاحه ويرثها الزوج الثاني لذلك، وإن مات الزوج الثاني لم ترثه لأنها تنكر صحة نكاحه فتنكر ميراثه.

مسألة: قال: (وإذا طلقها ثلاثاً وانقضت عدتها منه ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها ثم طلقها أو مات عنها وانقضت عدتها منه وكان ذلك ممكناً فله أن ينكحها إذا كان يعرف منها الصدق والصلاح، وإن لم تكن عنده في هذه الحال لم ينكحها حتى يصح عنده قولها).

وجملة ذلك: أن المطلقة المبتوتة إذا مضى زمن بعد طلاقها يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح ووطء فأخبرته بذلك وغلب على ظنه صدقها إما لمعرفته بأمانتها أو بخبر غيرها ممن يعرف حالها فله أن يتزوجها في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والأوزاعي والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي. وذلك لأن المرأة مؤتمنة على نفسها وعلى ما أخبرت به عنها، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها فيجب الرجوع إلى قولها كما لو أخبرت بانقضاء عدتها، فأما إن لم يعرف ما يغلب على ظنه صدقها لم يحل له نكاحها، وقال الشافعي: له نكاحها لما ذكرنا أولاً. والورع أن لا ينكحها. ولنا: إن الأصل التحريم ولم يوجد غلبة ظن تنقل عنه فوجب البقاء عليه كما لو أخبره فاسق عنها.

فصل: وإذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكر فالقول قولها في حلها للأول والقول قول الزوج في المهر ولا يلزمه إلا نصفه إذا لم يقر بالخلوة بها، فإن قال الزوج الأول: أنا أعلم أنه ما أصابها لم يحل له نكاحها لأنه يقر على نفسه بتحريمها فإن عاد فأكذب نفسه وقال قد علمت

صدقها دين فيما بينه وبين الله تعالى لأن الحل والحرمة من حقوق الله تعالى فإذا علم حلها له لم تحرم بكذبه وهذا مذهب الشافعي ولأنه قد يعلم ما لم يكن علمه، ولو قال ما أعلم أنه أصابها لم تحرم عليه بهذا لأن المعتبر في حلها له خبر يغلب على ظنه صدقه لا حقيقة العلم.

فصل: وإذا طلقها طلاقاً رجعياً وغاب وقضت عدتها وأرادت التزوج فقال وكيله توقفي كي لا يكون راجعك لم يجب عليها التوقف لأن الأصل عدم الرجعة وحل النكاح فلا يجب الزوال عنه بأمر مشكوك فيه، ولأنه أمر لو وجب عليها التوقف في هذه الحال لوجب عليها التوقف قبل قوله، لأن احتمال الرجعة موجود سواء قال أو لم يقل فيفضي إلى تحريم النكاح على كل رجعية غاب زوجها أبداً.

فصل: فإذا قالت قد تزوجت من أصابني ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها لم يجز العقد لأن الخبر المبيح للعقد قد زال فزالت الإباحة وإن كان بعد ما عقد عليها لم يقبل لأن ذلك إبطال للعقد الذي لزمها بقولها فلم يقبل كما لو ادعى زوجية امرأة فأقرت له بذلك ثم رجعت عن الإقرار.

كتاب الإيلاء

الإيلاء: في اللغة الحلف يقال، آلى يولي إيلاء وألية وجمع الألية ألايا، قال الشاعر:

قليـل الألايـا حـافـظ ليمينـه   إذا صـدرت منـه الأليـة بـرت

ويقال: تألى يتألى، وفي الخبر «من يتأل على الله يكذبه» فأما الإيلاء في الشرع فهو الحلف على ترك وطء المرأة والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن يقسمون.

مسألة: قال: (والمولي الذي يحلف بالله عز وجل أن لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر)

وجملته: أن شروط الإيلاء أربعة: **أحدها**: أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته ولا خلاف بين أهل العلم في أن الحلف بذلك إيلاء، فأما إن حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل: أن حلف بطلاق أو عتاق أو صدقة المال أو الحج أو الظهار، ففيه روايتان. **إحداهما**: لا يكون مولياً: وهو قول الشافعي القديم. **والرواية الثانية**: هو مول، وروي عن ابن عباس أنه قال: كل يمين منعت جماعها فهي إيلاء وبذلك قال الشعبي النخعي ومالك وأهل الحجاز والثوري وأبو حنيفة وأهل العراق والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف بدليل أنه لو قال: متى حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم قال: إن وطئتك فأنت طالق طلقت في الحال، وقال أبو بكر: كل يمين من حرام أو غيرها يجب بها كفارة يكون الحالف بها مولياً، وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء لأنه يتعلق به حق آدمي وما أوجب كفارة تعلق بها حق الله تعالى، والرواية الأولى هي المشهورة لأن الإيلاء المطلق إنما هو القسم ولهذا قرأ أبي وابن عباس «يقسمون» مكان «يولون» وروي عن ابن عباس في تفسير يولون. قال: يحلفون بالله، هكذا ذكره الإمام أحمد، والتعليق بشرط ليس بقسم، ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا يذكره

أهل العربية في باب القسم فلا يكون إيلاء وإنما يسمى حلفاً تجوزاً لمشاركته القسم في المعنى المشهور في القسم وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيد الخبر، والكلام عند إطلاقه لحقيقته. ويدل على هذا قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] وإنما يدخل الغفران في اليمين بالله وأيضاً قول النبي ﷺ: «من حلف بغير الله فقد أشرك» وقوله: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم» متفق عليه، وإن سلمنا أن غير القسم حلف لكن الحلف بإطلاقه إنما ينصرف إلى القسم وإنما يصرف إلى غير القسم بدليل، ولا خلاف في أن القسم بغير الله تعالى وصفاته لا يكون إيلاء لأنه لا يوجب كفارة ولا شي يمنع من الوطء فلا يكون إيلاء كالخبر بغير القسم، وإذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون مولياً إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله إن وطئتك فعبدي حر أو فأنت طالق أو فأنت علي كظهر أمي أو فأنت علي حرام أو فلله علي صوم سنة أو الحج أو صدقة. فهذا يكون إيلاء لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه وإن قال إن وطئتك فأنت زانية لم يكن مولياً لأنه لا يلزمه بالوطء حق ولا يصير قاذفاً بالوطء لأن القذف لا يتعلق بالشرط ولا يجوز أن تصير زانية بوطئه لها كما لا تصير زانية بطلوع الشمس، وإن قال إن وطئتك فلله علي صوم هذا الشهر لم يكن مولياً لأنه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق فإن صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه فلا يلزم بالنذر كما لو قال إن وطئتك فلله علي صوم أمس وإن قال إن وطئتك فلله علي أن أصلي عشرين ركعة كان مولياً.

وقال أبو حنيفة لا يكون مولياً لأن الصلاة لا يتعلق بها مال ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها مولياً كما لو قال إن وطئتك فلله علي أن أمشي في السوق.

ولنا: إن الصلاة تجب بالنذر فكان الحالف بها مولياً كالصوم والحج وما ذكروه لا يصح فإن الصلاة تحتاج إلى الماء والسترة. وأما المشي في السوق فقياس المذهب على هذه الرواية أنه يكون مولياً لأنه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين: إما الكفارة وإما المشي. فقد صار الحنث موجباً لحق عليه فعلى هذا يكون مولياً بنذر فعل المباحات والمعاصي أيضاً، فإن نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب. وإن سلمنا فالفرق بينهما أن المشي لا يجب بالنذر بخلاف مسألتنا، وإذا استثنى في يمينه لم يكن مولياً في قول الجميع لأنه لا يلزمه كفارة بالحنث فلم يكن الحنث موجباً لحق عليه وهذا إذا كانت اليمين بالله تعالى أو كانت يميناً مكفرة، فأما الطلاق والعتاق فمن جعل الاستثناء فيهما غير مؤثر فوجوده كعدمه ويكون مولياً بهما سواء استثنى أو لم يستثن.

فصل: الشرط الثاني: أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر وهذا قول ابن عباس وطاوس وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعي والشافعي وأبي ثور وأبي عبيدة، وقال عطاء والثوري وأصحاب الرأي إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان مولياً، وحكى ذلك القاضي وأبو الحسين رواية عن أحمد لأنه ممتنع من الوطء باليمين أربعة أشهر فكان مولياً كما لو حلف على ما زاد، وقال النخعي وقتادة وحماد وابن أبي ليلى وإسحاق: من حلف على ترك الوطء في

قليل من الأوقات أو كثير وتركها أربعة أشهر فهو مول لقول الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[البقرة: ٢٢٦] وهذا مول فإن الإيلاء الحلف وهذا حالف.

ولنا: أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر فلم يكن مولياً كما لو حلف على ترك قبلته، والآية حجة لنا لأنه جعل له تربص أربعة أشهر فإذا حلف على أربعة أشهر أو ما دونها فلا معنى للتربص لأن مدة الإيلاء تنقضي قبل ذلك ومع انقضائه، وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضي كونه في مدة تناولها الإيلاء، ولأن المطالبة إنما تكون بعد أربعة أشهر، فإذا انقضت المدة بأربعة فما دون لم تصح المطالبة من غير إيلاء. وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم في الفيئة أنها تكون في مدة الأربعة أشهر وظاهر الآية خلافه فإن قال الله تعالى قال: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاؤُوا﴾ [البقرة: ٢٢٦] فعقب الفيءعقيب التربص بفاء التعقيب فيدل على تأخرها عنه.

إذا ثبت هذا فحكي عن ابن عباس أن المولي من يحلف على ترك الوطء أبداً أو مطلقاً لأنه إذا حلف على ما دون ذلك أمكنه التخلص بغير حنث فلم يكن مولياً كما لو حلف لا وطئها في مدينة بعينها.

ولنا: إنه لا يمكنه التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث. فأشبه المطلقة بخلاف اليمين على مدينة معينة فإنه يمكن التخلص بغير الحنث، ولأن الأربعة الأشهر مدة تتضرر المرأة بتأخير الوطء عنها فإذا حلف على أكثر منها كان مولياً كالأبد. ودليل الوصف ما روي: «أن عمر رضي الله عنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل وازور جانبه ... وليس إلى جنبي خليل ألاعبه
فوالله لولا الله لا شيء غيره ... لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني ... وأكرم بعلي أن تنال مراكبه

فسأل عمر نساء: كم تصبر المرأة عن الزوج؟ فقلن شهرين وفي الثالث يقل الصبر، وفي الرابع ينفذ الصبر. فكتب إلى أمراء الأجناد: «أن لا تحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر»

فصل: وإذا علق الإيلاء بشرط مستحيل كقوله: والله لا وطئتك حتى تصعدي السماء أو تقلبي الحجر ذهباً أو يشيب الغراب فهو مول لأن معنى ذلك ترك وطئها فإن ما يراد إحالة وجوده يعلق على المستحيلات. قال الله تعالى في الكفار: ﴿وَلَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ﴾ [الأعراف: ٤٠] ومعناه لا يدخلون الجنة أبداً، وقال بعضهم:

إذا شاب الغراب أتيت أهلي ... وصار القار كاللبن الحليب

وإن قال لا وطئتك حتى تحبلي فهو مول لأن حبلها بغير وطء مستحيل عادة فهو كصعود السماء، وقال القاضي وأبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس بمول إلا أن تكون صغيرة يغلب

على الظن أنها لا تحمل في أربعة أشهر أو آيسة فأما إن كانت من ذوات الاقراء فلا يكون مولياً لأنه يمكن حملها، قال القاضي وإذا كانت الصغيرة بنت تسع سنين لم يكن مولياً لأن حملها ممكن.

ولنا: إن الحمل بدون الوطء مستحيل عادة فكان تعليق اليمين عليه إيلاء كصعود السماء، ودليل استحالته قول مريم: ﴿أَنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَلَمْ يَمْسَسْنِي بَشَرٌ وَلَمْ أَكُ بَغِيًّا﴾ [مريم: ٢٠] وقولهم: ﴿يَا أُخْتَ هَارُونَ مَا كَانَ أَبُوكِ امْرَأَ سَوْءٍ وَمَا كَانَتْ أُمُّكِ بَغِيًّا﴾ [مريم: ٢٨]ولولا استحالته لما نسبوها إلى البغاء لوجود الولد. وأيضاً قول عمر رضي الله عنه: «الرجم حق على من زنا وقد أحصن إذا قامت به البينة، أو كان الحبل أو الاعتراف» ولأن العادة أن الحبل لا يوجد من غير وطء فإن قالوا يمكن حبلها من وطء الغير أو باستدخال منيه قلنا أما الأول فلا يصح لو صرح به فقال لا وطئتك حتى تحبلي من غيري أو ما دمت في نكاحي أو حتى تزني كان مولياً، ولو صح ما ذكروه لم يكن مولياً وأما الثاني فهو من المستحيلات عادة إذا وجد كان من خوارق العادات بدليل ما ذكرناه وقد قال أهل الطب إن المني إذا برد لم يخلق منه ولد وصحح قولهم قيام الأدلة التي ذكرنا بعضها وجريان العادة على وفق ما قالوه وإذا كان تعليقه على موته أو موتها أو موت زيد إيلاء فتعليقه على حبلها بغير وطء أولى، وإن قال أردت بقولي حتى تحبلي السببية ولم أرد الغاية ومعناه لا أطؤك لتحبلي قبل منه ولم يكن مولياً لأنه ليس بحالف على ترك الوطء وإنما هو حالف على قصد ترك الحبل به فإن «حتى» تستعمل بمعنى السببية.

فصل: وإن علقه على غير مستحيل فذلك على خمسة أضرب:

أحدها: ما يعلم أنه لا يوجد قبل أربعة أشهر كقيام الساعة فإن لها علامات تسبقها فلا يوجد ذلك في أربعة أشهر، وكذلك إن قال حتى تأتي الهند أو نحوه فهذا مول لأن يمينه على أكثر من أربعة أشهر.

الثاني: أما الغالب أنه لا يوجد في أربعة أشهر كخروج الدجال والدابة وغيرهما من أشراط الساعة. أو يقول حتى أموت أو تموتي أو يموت ولدك أو زيد أو حتى يقدم زيد من مكة والعادة أنه لا يقدم في أربعة أشهر فيكون مولياً. لأن الغالب أن ذلك لا يوجد في أربعة أشهر. فأشبه ما لو قال: والله لا وطئتك في نكاحي هذا، وكذلك لو علق الطلاق على مرضها أو مرض إنسان بعينه.

والثالث: أن يعلقه على أمر يحتمل الوجود في أربعة أشهر ويحتمل أن لا يوجد احتمالاً متساوياً كقدوم زيد من سفرٍ قريب أو من سفرٍ لا يعلم قدره فهذا ليس بإيلاء. لأنه لا يعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولا يظن ذلك.

الرابع: أن يعلقه على ما يعلم أنه يوجد في أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل وجفاف ثوب ومجيء المطر في أوانه وقدوم الحاج في زمانه، فهذا لا يكون مولياً لما ذكرناه، ولأنه

لم يقصد الإضرار بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر. فأشبه ما لو قال والله لا وطئتك شهراً.

الخامس: أن يعلقه على فعل منها هي قادرة عليه أو فعل من غيرها. وذلك ينقسم أقساماً ثلاثة. أحدها: أن يعلقه على فعل مباح لا مشقة فيه كقوله: والله لا أطؤك حتى تدخلي الدار أو تلبسي هذا الثوب أو حتى أتنفل بصوم يوم أو حتى أكسوك. فهذا ليس بإيلاء لأنه ممكن الوجود بغير ضرر عليها فيه. فأشبه الذي قبله. والثاني: أن يعلقه على محرم كقوله والله لا أطؤك حتى تشربي الخمر أو تزني أو تسقطي ولدك أو تتركي صلاة الفرض أو حتى أقتل زيداً أو نحوه. فهذا إيلاء لأنه علقه بممتنع شرعاً. فأشبه الممتنع حسّاً. الثالث: أن يعلقه على ما على فاعله فيه مضرة مثل أن يقول والله لا أطؤك حتى تسقطي صداقك عني أو دينك أو حتى تكفلي ولدي أو تهبيني دارك أو حتى يبيعني أبوك داره أو نحو ذلك فهذا إيلاء لأن أخذه لمالها أو مال غيرها من غير رضا صاحبه محرم فجرى مجرى شرب الخمر، وإن قال والله لا أطؤك حتى أعطيك مالاً أو فعل في حقك جميلاً لم يكن إيلاء لأن فعله لذلك ليس بمحرم ولا ممتنع فجرى مجرى قوله حتى أصوم يوماً.

فصل: وإن قال والله لا وطئتك إلا برضاك لم يكن مولياً لأنه يمكنه وطؤها بغير حنث ولأنه محسن في كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها، وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث، كقوله والله لا وطئتك مكرهة أو محزونة ونحو ذلك فإنه لا يكون مولياً، وإن قال والله لا وطئتك مريضة لم يكن مولياً لذلك إلا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه أو لا يزول في أربعة أشهر فينبغي أن يكون مولياً لأنه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر فإن قال لها ذلك وهي صحيحة فمرضت مرضاً يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصر مولياً، وإن لم يرج برؤه فيها صار مولياً، وكذلك إن كان الغالب أنه لا يزول في أربعة أشهر صار مولياً. لأن ذلك بمنزلة ما لا يرجى زواله، وإن قال والله لا وطئتك حائضاً ولا نفساء ولا محرمة ولا صائمة ونحو هذا لم يكن مولياً لأن ذلك محرم ممنوع منه شرعاً فقد أكد منع نفسه منه بيمينه، وإن قال والله لا وطئتك طاهراً أو لا وطئتك وطئاً مباحاً صار مولياً لأنه حالف على ترك الوطء الذي يطالب به في الفيئة فكان مولياً كما لو قال والله لا وطئتك في قبلك، وإن قال والله لا وطئتك ليلاً أو والله لا وطئتك نهاراً لم يكن مولياً لأن الوطء يمكن بدون الحنث، وإن قال والله لا وطئتك في هذه البلدة أو في هذا البيت أو نحو ذلك من الأمكنة المعينة لم يكن مولياً، وهذا قول الثوري والأوزاعي والشافعي والنعمان وصاحبيه، وقال ابن أبي ليلى وإسحاق هو مول لأنه حالف على ترك وطئها.

ولنا: إنه يمكن وطؤها بغير حنث فلم يكن مولياً كما لو استثنى في يمينه.

فصل: وإن حلف على ترك وطئها عاماً ثم كفر عن يمينه انحل الإيلاء قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله: المولي يكفر عن يمينه قبل مضي الأربعة الأشهر؟ قال: يذهب عنه الإيلاء ولا يوقف بعد الأربعة الأشهر وذهب الإيلاء حين ذهبت اليمين، وذلك لأنه لم يبق ممنوعاً من الوطء بيمينه. فأشبه من حلف واستثنى فإن كان تكفيره قبل مضي الأربعة الأشهر انحل الإيلاء

حين التكفير وصار كالحالف على ترك أقل من أربعة أشهر، وإن كفر بعد الأربعة وقبل الوقوف صار كالحلف على أكثر منها إذا مضت مدة يمينه قبل وقفه.

فصل: فإن قال والله لا وطئتك إن شاء فلان لم يصر مولياً حتى يشاء فإذا شاء صار مولياً، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لأنه يصير ممتنعاً من الوطء حتى يشاء فلا يكون مولياً حتى يشاء، وإن قال والله لا وطئتك إن شئت فكذلك، وقال أصحاب الشافعي إن شاءت على الفور جواباً لكلامه صار مولياً، وإن أخرت المشيئة انحلت يمينه لأن ذلك تخيير لها فكان على الفور كقوله اختاري في الطلاق.

ولنا: إنه علق اليمين على المشيئة بحرف إن فكان على التراخي كمشيئة غيرها فإن قيل: فهلا قلتم لا يكون مولياً فإنه علق ذلك بإرادتها فأشبه ما لو قال لا وطئتك إلا برضاك؟ قلنا: الفرق بينهما أنها إذا شاءت انعقدت يمينه مانعة من وطئها بحيث لا يمكنه بعد ذلك الوطء بغير حنث، وإذا قال والله لا وطئتك إلا برضاك فما حلف إلا على ترك وطئها في بعض الأحوال وهو حال سخطها فيمكنه الوطء في الحال الأخرى بغير حنث وإذا طالبته بالفيئة فهو برضاها، ولو قال والله لا وطئتك حتى تشائي فهو كقوله إلا برضاك ولا يكون مولياً بذلك، وإن قال والله لا وطئتك إلا أن يشاء أبوك أو فلان لم يكن مولياً لأنه علقه بفعل منه يمكن وجوده في الأربعة أشهر إمكاناً غير بعيد وليس بمحرم ولا فيه مضرة فأشبه ما لو قال والله لا وطئتك إلا أن تدخلي الدار، وإن قال والله لا وطئتك إلا أن تشائي لم يكن مولياً وكان بمنزلة قوله إلا برضاك أو حتى تشائي، وقال أبو الخطاب إن شاءت في المجلس لم يصر مولياً وإلا صار مولياً وقال أصحاب الشافعي على الفور عقبت كلامه لم يصر مولياً وإلا صار مولياً لأن المشيئة عندهم على الفور وقد فاتت بتراخيها، وقال القاضي تنعقد يمينه فإن شاءت انحلت وإلا فهي منعقدة.

ولنا: إنه منع نفسه بيمينه من وطئها إلا عند إرادتها. فأشبه ما لو قال إلا برضاك أو حتى تشائي ولأنه علقه على وجود المشيئة أشبه ما لو علقه على مشيئة غيره، فأما قول القاضي فإن أراد وجود المشيئة على الفور فهو كقولهم، وإن أراد وجود المشيئة على التراخي تنحل به اليمين لم يكن ذلك إيلاءً لأن تعليق اليمين على فعل يمكن وجوده في مدة الأربعة الأشهر إمكاناً غير بعيد ليس بإيلاء والله أعلم.

فصل: فإن قال والله لا وطئتك فهو إيلاء لأنه قول يقتضي التأبيد، وإن قال والله لا وطئتك مدة أو ليطولن تركي لجماعك ونوى مدة تزيد على أكثر من أربعة أشهر فهو إيلاء لأن اللفظ يحتمله فانصرف إليه بنيته، وإن نوى مدة قصيرة لم يكن إيلاء لذلك وإن لم ينو شيئاً لم يكن إيلاء لأنه يقع على القليل والكثير فلا يتعين للكثير، فإن قال والله لا وطئتك أربعة أشهر فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر أو فإذا مضت فوالله لا وطئتك شهرين أو لا وطئتك شهرين فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ففيه وجهان.

أحدهما: ليس بمول لأنه حالف بكل يمين على مدة ناقصة عن مدة الإيلاء فلم يكن مولياً كما لو لم ينو إلا مدتها، ولأنه يمكنه الوطء بالنسبة إلى كل يمين عقيب مدتها من غير حنث فيها فأشبه ما لو اقتصر عليها.

والثاني: يصير مولياً لأنه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر متوالية فكان مولياً كما لو منعها بيمين واحدة، ولأنه لا يمكنه الوطء بعد المدة إلا بحنث في يمينه فأشبه ما لو حلف على ذلك بيمين واحدة ولو لم يكن هذا إيلاء أفضى إلى أن يمنع من الوطء طول دهره باليمن فلا يكون مولياً وهكذا الحكم في كل مدتين متواليتين يزيد مجموعها على أربعة كثلاثة أشهر وثلاثة أو ثلاثة وشهرين لما ذكرنا من التعليلين والله أعلم.

فصل: فإن قال إن وطئتك فوالله لا وطئتك لم يكن مولياً في الحال لأنه لا يلزمه بالوطء حق لكن إن وطئها صار مولياً لأنها تبقى يميناً تمنع الوطء على التأبيد وهذا الصحيح عن الشافعي وحكي عنه قول قديم أنه يكون مولياً من الأول لأنه لا يمكنه الوطء إلا بأن يصير مولياً فيلحقه بالوطء ضرر وكذلك على هذا القول إن قال وطئتك فوالله لا دخلت الدار لم يكن[1] مولياً من الأول فإن وطئها انحل الإيلاء لأنه لم يبق ممتعاً من وطئها بيمين ولا غيرها وإنما بقي ممتنعاً باليمين من دخول الدار.

ولنا: إن يمينه معلقة بشرط ففيما قبله ليس بحالف فلا يكون مولياً، ولأنه يمكنه الوطء من غير حنث فلم يكن مولياً كما لو لم يقل شيئاً وكونه يصير مولياً لم يلزمه به شي وإنما يلزمه بالحنث ولو قال والله لا وطئتك في السنة إلا مرة ولم يصر مولياً في الحال لأنه يمكنه الوطء متى شاء بغير حنث فلم يكن ممنوعا من الوطء بحكم يمينه فإذا وطئها وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر صار مولياً، وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي، وظاهر مذهب الشافعي في قوله القديم يكون مولياً في الابتداء لما ذكرنا في التي قبلها وقد أجبنا عنه، وإن قال والله لا وطئتك سنة إلا وماً فكذلك، وبهذا قال أبو حنيفة لأن اليوم منكر فلم يختص يوماً دون يوم ولذلك لو قال: سمت رمضان إلا يوماً لم يختص اليوم الآخر، ولو قال لا أكلمك في السنة إلا يوماً لم يختص يوماً منها.

وفيه وجه آخر أنه يصير مولياً في الحال وهو قول زفر لأن اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كالتأجيل ومدة الخيار، بخلاف قوله لا وطئتك في السنة إلا مرة فإن المرة لا تختص وقتاً بعينه، ومن نصر الأول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة الخيار من حيث إن التأجيل ومدة الخيار تجب الموالاة فيهما ولا يجوز أن يتخللهما يوم لا أجل فيه ولا خيار لأنه لو جازت له المطالبة في أثناء الأجل لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل بالكلية ولو لزم العقد في أثناء مدة الخيار لم يعد إلى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف ما نحن فيه فإن جواز الوطء في يوم

---

(١) في نسخة يكون مولياً.

من أول السنة أو أوسطها لا يمنع ثبوت حكم اليمين فيما بقي من المدة فصار ذلك كقوله لا وطئتك في السنة إلا مرة والله أعلم.

فصل: فإن قال والله لا وطئتك عاماً ثم قال والله لا وطئتك عاماً فهو إيلاء واحد حلف عليه بيمينين إلا أن ينوي عاماً آخر سواه، وإن قال والله لا وطئتك عاماً ثم قال والله لا وطئتك نصف عام أو قال والله لا وطئتك نصف عام ثم قال والله لا وطئتك عاماً دخلت المدة القصيرة في الطويلة لأنها بعضها ولم يجعل إحداهما بعد الأخرى فأشبه ما لو أقر بدرهم ثم أقر بنصف درهم أو أقر بنصف درهم ثم أقر بدرهم فيكون إيلاء واحداً لهما وقت واحد وكفارة واحدة وإن نوى بإحدى المدتين غير الأخرى في هذه أو في التي قبلها، أو قال والله لا وطئتك عاماً ثم والله لا وطئتك عاماً آخر أو نصف عام آخر، أو قال والله لا وطئتك عاماً فإذا مضى فوالله لا وطئتك عاماً فهما إيلاءان في زمانين لا يدخل حكم أحدهما في الآخر أحدهما منجز والآخر متأخر فإذا مضى حكم أحدهما بقي حكم الآخر لأنه أفرد كل واحد منهما بزمن غير زمن صاحبه فيكون له حكم ينفرد به.

فإن قال في المحرم والله لا وطئتك هذا العام ثم قال والله لا وطئتك عاماً من رجب إلى تمام اثني عشر شهراً، أو قال في المحرم والله لا وطئتك عاماً ثم قال في رجب والله لا وطئتك عاماً فهما إيلاءان في مدتين بعض إحداهما في الأخرى فإن فاء في رجب أو فيما بعده من بقية العام الأول حنث في اليمينين وتجزئه كفارة واحدة وينقطع حكم الإيلاءين وإن فاء قبل رجب أو بعد العام الأول حنث في إحدى اليمينين دون الأخرى وإن فاء في الموضعين حنث في اليمينين وعليه كفارتان.

فصل: فإن قال لأربع نسوة والله لا أقربكن انبنى ذلك على أصل وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أولاً، فإن قلنا يحنث فهو مول منهن كلهن في الحال لأنه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث فصار مانعاً لنفسه من وطء كل واحدة منهن في الحال، فإن وطىء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وزال الإيلاء من البواقي، وإن طلق بعضهن أو مات لم ينحل الإيلاء في البواقي.

وإن قلنا لا يحنث بفعل البعض لم يكن مولياً منهن في الحال لأنه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها فلم يكن مولياً منها فإن وطىء ثلاثاً صار مولياً من الرابعة لأنه لا يمكنه وطؤها من غير حنث في يمينه وإن مات بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال الإيلاء لأنه لا يحنث بوطئهن وإنما يحنث بوطء الأربع فإن راجع المطلقة أو تزوجها بعد بينونتها عاد حكم يمينه، وذكر القاضي أنا إذا قلنا يحنث بفعل البعض فوطىء واحدة ولم ينحل الإيلاء في البواقي لأن الإيلاء من امرأة لا ينحل بوطء غيرها.

ولنا: إنها يمين واحدة حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الأيمان ولأنه إذا وطىء واحدة حنث ولزمته الكفارة فلا يلزمه بوطء الباقيات فلم يبق ممتنعاً من وطئهن بحكم يمينه فانحل

الإيلاء كما لو كفرها، واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم: لا يكون مولياً منهن حتى يطأ ثلاثاً فيصير مولياً من الرابعة، وحكى المزني عن الشافعي أنه يكون مولياً منهن كلهن يوقف لكل واحدة منهن فإذا أصاب بعضهن خرجت من حكم الإيلاء ويوقف لمن بقي حتى يفيء أو يطلق ولا يحنث حتى يطأ الأربع وقال أصحاب الرأي: يكون مولياً منهن كلهن فإن تركهن أربعة أشهر بِنَّ منه جميعاً بالإيلاء، وإن وطىء بعضهن سقط الإيلاء في حقها ولا يحنث إلا بوطئهن جميعاً.

ولنا: إن من لا يحنث بوطئها لا يكون مولياً منها كالتي يحلف عليها.

فصل: فإن قال والله لا وطئت واحدة منكن ونوى واحدة بعينها تعلقت يمينه بها وحدها وصار مولياً منها دون غيرها وإن نوى واحدة مبهمة منهن لم يصر مولياً منهن في الحال فإذا وطىء ثلاثاً كان مولياً من الرابعة ويحتمل أن تخرج المولى منها بالقرعة كالطلاق إذا أوقعه في مبهمة من نسائه، وإن أطلق صار مولياً منهن كلهن في الحال لأن لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بالحنث فإن طلق واحدة منهن أو ماتت كان مولياً من البواقي، وإن وطى واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الإيلاء في الباقيات لأنها يمين واحدة فإذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها بخلاف ما إذا طلق واحدة أو ماتت فإنه لم يحنث ثم فبقي حكم يمينه فيمن بقي منهن وهذا مذهب الشافعي، وذكر القاضي أنه إذا أطلق كان الإيلاء في واحدة غير معينة وهو اختيار بعض أصحاب الشافعي لأن لفظه تناول واحدة منكرة فلا يقتضي العموم.

ولنا: إن النكرة في سياق النفي تعم كقوله: ﴿وَلَمْ يَتَّخِذْ صَاحِبَةً﴾ وقوله: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُواً أَحَدٌ﴾ [الإخلاص: ٤] وقوله: ﴿وَمَنْ لَمْ يَجْعَلِ ٱللَّهُ لَهُ نُوراً فَمَا لَهُ مِنْ نُورٍ﴾ [النور: ٤٠] ولو قال إنسان والله لا شربت ماء من إداوة حنث بالشرب من أي إداوة كانت فيجب حمل اللفظ عند الإطلاق على مقتضاه في العموم، وإن قال نويت واحدة معينة أو واحدة مبهمة قبل منه لأن اللفظ يحتمله احتمالاً غير بعيد. وهذا مذهب الشافعي إلا أنه أبهم المحلوف عليها فله أن يعينها بقوله وأصل هذا مذكور في الطلاق.

فصل: فإن قال والله لا وطئت كل واحدة منكن صار مولياً منهن كلهن في الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمة لأن لفظة كل أزالت احتمال الخصوص ومتى حنث في البعض انحل الإيلاء في الجميع كالتي قبلها وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي لا تنحل في الباقيات.

ولنا: إنها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كما لو حلف على واحدة، ولأن اليمين الواحدة إذا حنث فيها مرة لم يكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق ممتنعاً من وطء الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الإيلاء كسائر الايمان التي حنث فيها وفي هذه المواضع التي قلنا بكونه مولياً منهن كلهن إذا طالبن كلهن بالفيئة وقف لهن كلهن وإن طالبن في أوقات مختلفة ففيه روايتان:

إحداهما: يوقف للجميع وقت مطالبة أولاهن قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد.

والثانية: يوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعي، فإذا وقف للأولى وطلقها ووقف للثانية فإن طلقها وقف للثالثة فإن طلقها وقف للرابعة، وكذلك من مات منهن لم يمنع من وقفه للأخرى لأن يمينه لم تنحل وإيلاؤه باق لعدم حنثه فيهن، وإن وطىء إحداهن حين وقف لها أو قبله انحلت يمينه وسقط حكم الإيلاء في الباقيات على ما قلناه، وعلى قول القاضي ومن وافقه يوقف للباقيات كما لو طلق التي وقف لها.

فصل: فإن قال كلما وطئت واحدة منكن فضرائرها طوالق. فإن قلنا ليس هذا بإيلاء فلا كلام وإن قلنا هو إيلاء فهو مول منهن جميعاً لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرائرها فيوقف لهن فإن فاء إلى واحدة طلق ضرائرها فإن كان الطلاق بائناً انحل الإيلاء لأنه لم يبق ممنوعاً من وطئها بحكم يمينه، وإن كان رجعياً فراجعهن بقي الإيلاء في حقهن لأنه لا يمكنه وطء واحدة بطلاق ضرائرها، وكذلك إن راجع بعضهن لذلك إلا أن المدة تستأنف من حين الرجعة، ولو كان الطلاق بائناً فعاد فتزوجهن أو تزوج بعضهن عاد حكم الإيلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح، وسواء تزوجهن في العدة أو بعدها أو بعد زوج آخر وإصابة لما سنذكره فيما بعد، وإن قال نويت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت يمينه بها فإذا وطئها طلق ضرائرها وإن وطىء غيرها لم يطلق منهن شيء ويكون مولياً من المعينة دون غيرها لأنها التي يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها.

فصل: الشرط الثالث: أن يحلف على ترك الوطء في الفرج، ولو قال والله لا وطئتك في الدبر لم يكن مولياً لأنه لم يترك الوطء الواجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه وإنما هو وطء محرم وقد أكد منع نفسه منه بيمينه، وإن قال لا وطئتك دون الفرج لم يكن مولياً لأنه لم يحلف على الوطء الذي يطالب به في الفيئة ولا ضرر على المرأة في تركه، وإن قال والله لا جامعتك إلا جماع سوء سئل عما أراد فإن قال أردت الجماع في الدبر فهو مول لأنه حلف على ترك الوطء في الفرج وكذلك إن قال أردت أن لا أطأها إلا دون الفرج، وإن قال أردت جماعاً ضعيفاً لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن مولياً لأنه يمكنه الوطءاالواجب عليه في الفيئة بغير حنث وإن قال أردت وطئاً لا يبلغ التقاء الختانين فهو مول لأنه لا يمكنه الوطء الواجب عليه في الفيئة بغير حنث وإن لم تكن له نية فليس بمول لأنه محتمل فلا يتعين ما يكون به مولياً، وإن قال والله لا جامعتك جماع سوء لم يكن مولياً بحال لأنه لم يحلف على ترك الوطء إنما حلف على ترك صفته المكروهة.

فصل: الشرط الرابع: أن يكون المحلوف عليها امرأة لقول الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ولأن غير الزوجة لا حق لها في وطئه فلا يكون مولياً منها كالأجنبية فإن حلف على ترك وطء أمته لم يكن مولياً لما ذكرنا وإن حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها لم يكن مولياً لذلك، وبه قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال مالك يصير مولياً إذا بقي من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر لأنه ممتنع من وطء امرأته بحكم

يمينه مدة الإيلاء فكان مولياً كما لو حلف في الزوجية، وحكي عن أصحاب الرأي أنـه إن مرت به امرأة فحلف أن لا يقربها ثم تزوجها لم يكن مولياً وإن قال إن تزوجت فلانة فـوالله لا قربتهـا صار مولياً لأنه أضاف اليمين إلى حال الزوجية فأشبه ما لو حلف بعد تزويجها.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] وهذه ليست من نسائه ولأن الإيلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق والقسم ولأن المدة تضرب له لقصده الإضرار بها بيمينه وإذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصداً للإضرار فأشبه الممتنع بغير يمين، قال الشريف أبو جعفر وقد قال أحمد يصح الظهار قبل النكاح لأنه يمين فعلى هذا التعليل يصح الإيلاء قبل النكاح، والمنصوص أنه لا يصح لما ذكرناه.

فصل: فإن آلى من الرجعية صح إيلاؤه: وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وذكر ابن حامد أن فيه رواية أخرى أنـه لا يصح إيـلاؤه لأن الطلاق يقـطع مدة الإيلاء إذا طرأ فلأن يمنع صحته ابتداء أولى.

ولنا: إنها زوجة يلحقهـا طلاقـه فصح إيـلاؤه منها كغـير المطلقـة، وإذا آلى منها احتسب بالمدة من حين آلى وإن كانت في العدة، ذكره ابن حـامد وهـو قول أبي حنيفـة ويجيء على قـول الخرقي أن لا يحتسب عليه بالمدة إلا من حين راجعها لأن ظاهر كلامه أن الرجعية محرمة، وهذا مذهب الشافعي لأنها معتدة منه فأشبهت البائن، ولأن الطلاق إذا طرأ قطع المدة ثم لا يحتسب عليه بشيء من المدة منـه فأشبهت البـائن، ولأن الطلاق إذا طـرأ قطع المـدة ثم لا يحتسب عليه بشيء من المدة قبل رجعتها فأولى أن لا يستأنف المدة من العدة.

ووجـه الأول: أن من صح إيـلاؤه احتسب عليه بـالمدة من حـين إيلائـه كما لـو لم تكن مطلقة ولأنها مباحة فاحتسب عليه بالمدة فيها كما لو لم يطلقها، وفارق البـائن فإنها ليست زوجـة ولا يصح الإيلاء منهـا بحال فهي كسائر الأجنبيات.

فصل: ويصح الإيلاء من كل زوجة مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو أمة لعموم قوله سبحانه: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ولأن كل واحدة منهن زوجة فصح الإيلاء منها كالحرة المسلمة ويصح الإيلاء قبل الدخول وبعـده وبهذا قـال النخعي ومالك والأوزاعي والشافعي وقال عطاء والزهري والثوري إنما يصح الإيلاء بعد الدخول.

ولنا: عموم الآية والمعنى لأنه ممتنع من جماع زوجته بيمينه فأشبه ما بعد الدخول، ويصح الإيلاء من المجنونة والصغيرة إلا أنـه لا يطالب بـالفيئة في الصغـر والجنون لأنهما ليسـا من أهل المطالبة، فأما الرتقاء والقرناء فلا يصح الإيـلاء منها لأن الـوطء متعذر دائـماً فلم تنعقد اليمـين على تركه كما لو حلف لا يصعد السماء، ويحتمل أن يصح وتضرب له المـدة لأن المنع بسبب من جهتها فهي كالمريضة، فعلى هذا ينبغي أن يفيء فيئة المعذور لأن الفيئة بالوطء في حقها متعذرة فلا يمكن المطالبة به فأشبه المجبوب.

فصل: ويصح الإيلاء من كل زوج مكلف قادر على الوطء أما الصبي والمجنون فلا يصح إيلاؤهما لأن القلم مرفوع عنهما ولأنه قول تجب بمخالفته كفارة أو حق فلم ينعقد منهما كالنذر، وأما العاجز عن الوطء فإن كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس صح إيلاؤه لأنه يقدر على الوطء فصح منه الامتناع منه وإن كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح إيلاؤه لأنها يمين على ترك مستحيل، فلم تنعقد كما لو حلف أن لا يقلب الحجارة ذهباً ولأن الإيلاء اليمين من الوطء وهذا لا يمنعه يمينه فإنه متعذر منه ولا تضر المرأة يمينه.

قال أبو الخطاب ويحتمل أن يصح الإيلاء منه قياساً على العجز بمرض أو حبس وللشافعي في ذلك قولان والأول أولى لما ذكرنا، فأما الخصي الذي سلت بيضتاه أو رضت فيمكن منه الوطء وينزل ماء رقيقاً فيصح إيلاؤه وكذلك المجبوب الذي بقي من ذكره ما يمكن الجماع به.

فصل: ويصح إيلاء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا إلينا وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وإن أسلم لم ينقطع حكم إيلائه، وقال مالك: إن أسلم سقط حكم يمينه وقال أبو يوسف ومحمد إن حلف لم يكن بالله مولياً لأنه لا يحنث إذا جامع لكونه غير مكلف، وإن كانت يمينه بطلاق أو عتاق فهو مول لأنه يصح عتقه وطلاقه.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ولأنه مانع نفسه باليمين من جماعها فكان مولياً كالمسلم ولأنه من صح طلاقه صح إيلاؤه كالمسلم، ومن صحت يمينه عند الحاكم صح إيلاؤه كالمسلم.

فصل: ولا يشترط في الإيلاء الغضب ولا قصد الإضرار روي ذلك عن ابن مسعود. وبه قال الثوري والشافعي وأهل العراق وابن المنذر وروي عن علي رضي الله عنه ليس في إصلاح إيلاء، وعن ابن عباس قال: إنما الإيلاء في الغضب ونحو ذلك عن الحسن والنخعي وقتادة. وقال مالك والأوزاعي وأبو عبيد من حلف لا يطأ زوجته حتى تفطم ولده لا يكون إيلاء إذا أراد الإصلاح لولده.

ولنا: عموم الآية ولأنه مانع نفسه عن جماعها بيمينه فكان مولياً كحال الغضب بحقه: أن حكم الإيلاء يثبت لحق الزوجة فيجب أن يثبت سواء قصد الإضرار أو لم يقصد كاستيفاء ديونها وإتلاف مالها ولأن الطلاق والظهار وسائر الايمان سواء في الغضب والرضى فكذلك الإيلاء ولأن حكم اليمين في الكفارة وغيرها سواء في الغضب والرضا فكذلك في الإيلاء، وأما إذا حلف لا يطأها حتى تفطم ولده فإن أراد وقت الفطام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مؤل. وإن أراد فعل الفطام لم يكن مولياً لأنه ممكن قبل الأربعة الأشهر وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن مولياً كما لو حلف لا يطؤها حتى تدخل الدار.

فصل: في الألفاظ التي يكون بها مولياً وهي ثلاثة أقسام:

أحدها: ما هو صريح في الحكم والباطن جميعاً وهو ثلاثة ألفاظ قولـه: والله لا آتيك ولا أدخل ولا أغيب أو أولج ذكري في فرجك ولا افتضضتك للبكر خاصـة فهذه صريحة ولا يدين فيها لأنها لا تحتمل غير الإيلاء.

القسم الثاني: تصريح في الحكم ويـدين فيما بينـه وبين الله تعـالى وهي عشرة ألفاظ: لا وطئتك ولا جامعتك ولا أصبتك ولا باشرتك ولا مسستك ولا قربتـك ولا آتيتك ولا بـاضعتك ولا باعلتك ولا اغتسلت منك فهذه صريحة في الحكم لأنها تستعمل في العـرف في الوطء، وقـد ورد القرآن ببعضها فقال الله سبحانه: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وقال: ﴿وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧] وقـال تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

وأما الجماع والوطء فهما أشهر الالفاظ في الاستعمال فلو قال أردت بالوطء الـوطء بالقـدم وبالجماع اجتماع الأجسام، وبالإصابة الإصابـة باليـد دين فيما بينـه وبين الله تعـالى ولم يقبل في الحكم لأنه خلاف الظاهر والعرف وقد اختلف قول الشافعي فيما عدا الـوطء والجماع من هـذه الألفاظ فقال في موضع ليس بصريح في الحكم لأنه حقيقة في غير الجماع، وقال في: لا باضعتك ليس بصريـح لأنه يحتمـل أن يكون من التقـاء البضعتين البضعـة من البدن بالبضعة منه فـإن النبي ﷺ قال: «فاطمة بضعة مني»

ولنا: إنه مستعمل في الوطء عرفاً وقد ورد به القـرآن والسنة فكـان صريحاً كلفظ الـوطء والجماع وكونه حقيقة في غير الجماع يبطل بلفظة الوطء والجماع وكذلك قوله فارقتك وسرحتك في ألفاظ الطلاق فإنهم قالوا هي صريحة في الطلاق مع كونها حقيقة في غيره، وأما قـوله باضعتك فهو مشتق من البضع ولا يستعمل هذا اللفظ في غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحاً من سائـر الألفاظ لأنها تستعمل في غيره وبهذا قال أبو حنيفة.

القسم الثالث: ما لا يكـون إيلاء إلا بـالنية وهو ما عدا هذه الألفـاظ مما يحتمـل الجماع كقوله والله لايجمـع رأسي ورأسك شيء لا سـاقف رأسي رأسك لأسوأنك لأغيـظنك لتـطولن غيبتي عنك لا مس جلدي جلدك لا قربت فراشك لا آويت معك لا نمت عندك فهذه إن أراد بها الجماع واعترف بذلك كان مؤلياً وإلا فلا لأن هذه الألفـاظ ليست ظاهـرة في الجماع كـظهور التي قبلها ولم يرد النص بإستعمالهـا فيه إلا أن هـذه الألفاظ منقسمـة إلى ما يفتقـر فيه إلى نيـة الجماع والمدة معاً وهي قوله لأسوأنك ولأغيظنك ولتطولن غيبتي عنك فلا يكون مـولياً حتى ينـوي ترك الجماع في المدة تزيد على الأربعة أشهر لأن غيظها يكون بترك الجماع فيما دون ذلك وفي سائر هذه الألفـاظ يكون مـولياً بنيـة الجماع فقط، وإن قـال والله ليطولن تـركي لجماعـك أو لـوطئتـك أو لإصابتك فهذا صريح في ترك الجماع وتعتبر نية المدة دون نية الوطء لأنه صريـح فيه، وإن قـال والله لا جامعتك إلا جماعاً ضعيفاً لم يكن مولياً إلا أن ينوي جماعاً لا يبلغ التقـاء الختانـين، وإن قال و الله لا أدخلت جميع ذكري في فرجك لم يكن موليـاً لأن الوطء الـذي يحصل بـدون إيلاج

جميع الذكر، وإن قال و الله لا أولجت حشفتي في فرجك كان مولياً لأن الفيئة لا تحصل بدون ذلك.

فصل: وإن قال لإحدى زوجتيه و الله لا وطئتك ثم قال لأخرى أشركتك معها لم يصر مولياً من الثانية لأن اليمين بالله لا يصح إلا بلفظ صريح من اسم أو صفة والتشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين وقال القاضي يكون مولياً منهما وإن قال إن وطئتك فأنت طالق ثم قال للأخرى أشركتك معها ونوى فقد صار طلاق الثانية معلقاً على وطئها أيضاً لأن الطلاق يصح بالكناية فإن قلنا إن ذلك إيلاء في الأولى صار إيلاء في الثانية لأنها صارت في معناها وإلا فليس بإيلاء في واحدة منهما، وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته أنت مثل فلانة لم يكن مولياً، وقال أصحاب الرأي هو مول.

ولنا: إنه ليس بصريح في القسم فلا يكون مولياً به كما لو يشبهها بها.

فصل: ويصح الإيلاء بكل لغة من العجمية وغيرها ممن يحسن العربية وممن لا يحسنها لأن اليمين تنعقد بغير العربية وتجب بها الكفارة، والمولى هو الحلف بالله على ترك وطء زوجته الممتنع من ذلك بيمينه فإن آلى بالعجمية من لا يحسنها وهو لا يدري معناها لم يكن مولياً، وإن نوى موجبها عند أهلها، وكذلك الحكم إذا آلى بالعربية من لا يحسنها لأنه لا يصح منه قصد الإيلاء بلفظ لا يدري معناه فإذا اختلف الزوجان في معرفته بذلك فالقول قوله إذا كان متكلماً بغير لسانه لأن الأصل عدم معرفته بها. فأما إن آلى العربي بالعربية ثم قال جرى على لساني من غير قصد أو قال ذلك العجمي في إيلائه بالعجمية لم يقبل في الحكم لأنه خلاف الظاهر.

فصل: ومدة الإيلاء في حق الأحرار والعبيد والمسلمين وأهل الذمة سواء ولا فرق بين الحرة والأمة والمسلمة والذمية والصغيرة والكبيرة في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وابن المنذر، وعن أحمد رواية أخرى أن مدة إيلاء العبيد شهران وهو اختيار أبي بكر، وقول عطاء والزهري ومالك وإسحاق لأنهم على النصف في الطلاق وعدد المنكوحات فكذلك في مدة الإيلاء وقال الحسن والشعبي إيلاؤه من الأمة شهران ومن الحرة أربعة وقال الشعبي إيلاء الأمة نصف إيلاء الحرة وهذا قول أبي حنيفة لأن ذلك تتعلق به البينونة عنده واختلف بالرق والحرية كالطلاق ولأنها مدة يثبت ابتداؤها بقول الزوج فوجب أن يختلف برق المرأة وحريتها كمدة العدة.

ولنا: عموم الآية ولأنها مدة ضربت للوطء فاستوى فيها الرق والحرية كمدة العدة، ولا نسلم أن البينونة تتعلق بها، ثم يبطل ذلك بمدة العنة ويخالف مدة العدة، لأن العدة مبنية على الكمال بدليل أن الاستبراء يحصل بقرء واحد، وأما مدة الإيلاء فإن الاستمتاع بالحرة أكثر وكان ينبغي أن تتقدم مطالبتها مطالبة الأمة والحق على الحر في الاستمتاع أكثر منه على العبد فلا تجوز الزيادة في مطالبة العبد عليه.

مسألة: قال: (فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته أمر الفيئة والفيئة الجماع)

وجملة ذلك: أن المولى يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ولا يطالب فيهن فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته امرأته إلى الحكم وقفه وأمره بالفيئة فإن أبى أمره بالطلاق ولا تطلق زوجته بنفس مضي المدة قال أحمد في الإيلاء يوقف عن الأكابر من أصحاب النبي ﷺ، وعن عمر شيء يدل على ذلك، وعن عثمان وعلي وجعل يثبت حديث علي وبه قال ابن عمر وعائشة، وروي ذلك عن أبي الدرداء وقال سليمان بن يسار: كان تسعة عشر رجلاً من أصحاب محمد ﷺ يوقفون في الإيلاء، وقال سهيل بن أبي صالح: سألت اثني عشر من أصحاب النبي ﷺ فكلهم يقول: ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر فيوقف فإن فاء وإلا طلق، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وطاوس ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر، وقال ابن مسعود وابن عكرمة وجابر بن زيد وعطاء والحسن ومسروق وقبيصة والنخعي والأوزاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة، وروي ذلك عن عثمان وعلي وزيد وابن عمر وروي عن أبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول والزهري تطليقة رجعية، ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ ﴿فَإِنْ فَاؤُوا﴾ [البقرة: ٢٢٦] فيهن ﴿فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ولأن هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه فكان ذلك في المدة كمدة العنة.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاؤُوا فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] وظاهر ذلك أن الفيئة بعد أربعة أشهر لذكره الفيئة بعدها بالفاء المقتضية للتعقيب ثم قال: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا ٱلطَّلَاقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٧] ولو وقع بمضي المدة لم يحتج إلى عزم عليه وقوله: ﴿سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ يقتضي أن الطلاق مسموع ولا يكون المسموع إلا كلاماً، ولأنها مدة ضربت له تأجيلاً فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الآجال، ولأن هذه مدة لم يتقدمها إيقاع فلا يتقدمها وقوع كمدة العنة ومدة العنة حجة لنا فإن الطلاق لا يقع إلا بمضيها[1] ولأن مدة العنة ضربت له ليختبر فيها ويعرف عجزه عن الوطء بتركه في مدتها وهذه ضربت تأخيراً له وتاجيلاً ولا يستحق المطالبة إلا بعد مضي الأجل كالدين.

فصل: وابتداء المدة من حين اليمين ولا يفتقر إلى ضرب مدة لأنها ثبتت بالنص والإجماع فلم يفتقر إلى ضرب كمدة العنة ولا يطالب بالوطء فيها لما ذكرنا فإن وطئها فيها فقد عجلها حقها قبل محله وخرج من الإيلاء كمن عليه دفعه قبل الأجل، وهكذا إن وطيء بعد المدة قبل المطالبة أو بعدها خرج من الإيلاء وسواء وطئها وهي عاقلة أو مجنونة أو يقظانة أو نائمة لأنه فعل ما حلف عليه فإن وطئها وهو مجنون لم يحنث ذكره ابن حامد وهو قول الشعبي.

وقال أبو بكر يحنث وعليه الكفارة لأنه فعل ما حلف عليه، والأول أصح لأنه غير مكلف والقلم عنه مرفوع، ويخرج بوطئه عن الإيلاء لأنه قد وفاها حقها وحصل منه في حقها ما يحصل من العاقل وإنما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم عنه، ذكر هذا ابن حامد وهو أحد الوجهين

---

(١) في نسخة: لا يقع بمضيها.

لأصحاب الشافعي، وذكر القاضي ما يدل على أنه يبقى مولياً فإنه قال إذا وطىء بعد إفاقته تجب عليه الكفارة لأن وطأه الأول ما حنث به، وإذا بقيت بيمينه بقي الإيلاء كما لو لم يطأ وهذا قول المزني.

وينبغي أن يستأنف له مدة الإيلاء من حين وطىء لأنه لا ينبغي أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه ولا يطلق عليه لانتفائها وهي موجودة ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه. وقيل تضرب له المدة إذا عقل لأنه حينئذ يمنع من الوطء بحكم يمينه، ومن قال بالأول قال قد وفاها حقها فلم يبق الإيلاء كما لو حنث ولا يمتنع انتفاء الإيلاء مع اليمين كما لو حلف لا يطأ أجنبية ثم تزوجها.

فصل: وإن وطىء العاقل ناسياً ليمينه فهل يحنث؟ على روايتين. فإن قلنا يحنث انحل إيلاؤه وذهبت يمينه. وإن قلنا: لا يحنث فهل ينحل إيلاؤه؟ على وجهين قياساً على المجنون، وكذلك يخرج فيما إذا آلى من إحدى زوجتيه ثم وجدها على فراشه فظنها الأخرى فوطئها لأنه جاهل بها والجاهل كالناسي في الحنث وكذلك إن ظنها أجنبية فبانت زوجته.

وإن استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث لأنه لم يفعل ما حلف عليه ولأن القلم مرفوع عنه، وهل يخرج من حكم الإيلاء؟ يحتمل وجهين. **أحدهما**: يخرج لأن المرأة وصلت إلى حقها فأشبه ما لو وطىء. والثاني: لا يخرج من حكم الإيلاء لأنه ما وفاها حقها وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين، فكان مولياً كما لو لم يفعل به ذلك، والحكم فيما إذا وطىء وهو نائم كذلك لأنه لا يحنث به.

فصل: وإن وطئها وطئاً محرماً مثل إن وطئها حائضاً أو نفساء أو محرمة أو صائمة صوم فرض أو كان محرماً أو صائماً أو مظاهراً حنث وخرج من الإيلاء وهذا مذهب الشافعي، وقال أبو بكر قياس المذهب أن لا يخرج من الإيلاء لأنه وطء لا يؤمر به في الفيئة فلم يخرج به من الإيلاء كالوطء في الدبر، ولا يصح هذا لأن يمينه انحلت ولم يبق ممتنعاً من الوطء بحكم اليمين فلم يبق الإيلاء كما لو كفر يمينه أو كما لو وطئها مريضة.

وقد نص أحمد فيمن حلف ثم كفر بيمينه أنه لا يبقى مولياً لعدم حكم اليمين مع أنه ما وفاها حقها، فلأن يزول بزوال اليمين بحنثه فيها أولى، وقد ذكر القاضي في المحرم والمظاهر أنهما إذا وطئا فقد وفياها حقها، وفارق الوطء في الدبر فإنه لا يحنث به وليس بمحل للوطء بخلاف مسألتنا.

فصل: وإذا آل منها وثم عذر يمنع الوطء من جهة الزوج كمرضه أو حبسه أو إحرامه أو صيامه حسبت عليه المدة من حين إيلائه لأنه المانع من جهته وقد وجد التمكين الذي عليها ولذلك لو أمكنته من نفسها وكان ممتنعاً لعذر وجبت لها وإن طرأ شيء من هذه الأعذار بعد الإيلاء أو جن لم تنقطع المدة للمعنى الذي ذكرناه. وإن كان المانع من جهتها نظرنا فإن كان حيضاً لم يمنع ضرب المدة لأنه لو منع لم يمكن ضرب المدة لأن الحيض في الغالب لا يخلو منه

شهر فيؤدي ذلك إلى إسقاط حكم الإيلاء. وإن طرأ الحيض لم يقطع المدة لما ذكرنا وفي النفاس وجهان: **أحدهما**: هو كالحيض لأن أحكامه أحكام الحيض. **والثاني**: هو كسائر الأعذار التي من جهتها لأنه نادر غير معتاد فأشبه سائر الأعذار، وأما سائر الأعذار التي من جهتها كصغرها ومرضها وحبسها وإحرامها وصيامها واعتكافها المفروضين ونشوزها وغيبتها فمتى وجد منها شيء حال الإيلاء لم تضرب له المدة حتى يزول لأن المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ها هنا من قبلها، وإن وجد شيء من هذه الأسباب استؤنفت المدة ولم يبن على ما مضى لأن قوله سبحانه: ﴿تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] يقتضي متوالية فإذا قطعتها وجب استئنافها كمدة شهرين في صوم الكفارة، وإن حنثت وهربت من يده انقطعت المدة وإن بقيت في يده وأمكنه وطؤها احتسب عليه بها، فإن قيل: فهذه الأسباب منها ما لا صنع لها فيه فلا ينبغي أن تقطع المدة كالحيض، قلنا: إذا كان المنع لمعنى فيها فلا فرق بين كونه بفعلها أو بغير فعلها، كما أن البائع إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم يتوجه له المطالبة بعوضه سواء كان لعذر أو غير عذر، وإن آلى في الردة لم تضرب له المدة إلا من حين رجوع المرتد منهما إلى الإسلام وإن طرأت الردة في أثناء المدة انقطعت لأن النكاح قد تشعث وحرم الوطء فإذا عاد إلى الإسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين أو خالعها ثم تزوجها. والله أعلم.

فصل: وإذا نقضت المدة فلها المطالبة بالفيئة إن لم يكن عذر فإن طالبته فطلب الإمهال فإن لم يكن له عذر لم يمهل لأنه حق توجه عليه لا عذر له فيه فلم يمهل به كالدين الحال ولأن الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر وإنما يؤخر قدر ما يتمكن مع الجماع في حكم العادة فإنه لا يلزمه الوطء في مجلسه وليس ذلك بإمهال، فإن قال أمهلوني حتى آكل فإني جائع أو ينهضم الطعام فإني كظيظ أو أصلي الفرض أو أفطر من صومي أمهل بقدر ذلك فإنه يعتبر أن يصير إلى حال يجامع في مثلها في العادة وكذلك يمهل حتى يرجع إلى بيته، وإن كان لها عذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالفيئة لأن الوطء ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبته بما يمنعه منه ولأن المطالبة مع الاستحقاق وهي لا تستحق الوطء في هذه الأحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لأنه إنما يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة ولم يجب عليه شيء ولكن تتأخر المطالبة إلى حال زوال العذر، إن لم يكن العذر قاطعاً للمدة كالحيض أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة.

فصل: فإن عفت عن المطالبة بعد وجوبها فقال بعض أصحابنا: يسقط حقها وليس لها المطالبة بعده. وقال القاضي هذا قياس المذهب لأنها رضيت بإسقاط حقها من الفسخ لعدم الوطء فسقط حقها منه كامرأة العنين إذا رضيت بعنته، ويحتمل أن لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شاءت. وهذا مذهب الشافعي لأنها تثبت لرفع الضرر بترك ما يتجدد مع الأحوال فكان لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت، وفارق الفسخ للعنة فإنه فسخ لعيبه فمتى رضيت بالعيب سقط حقها كما لو عفا المشتري عن عيب المبيع، وإن سكتت

عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك لأن حقها يثبت على التراخي فلم يسقط بتأخير المطالبة كاستحقاق النفقة.

فصل: والأمة كالحرة في استحقاق المطالبة سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف، لأن الحق لها حيث كان الاستمتاع يحصل لها، فإن تركت المطالبة لم يكن لمولاها الطلب لأنه لا حق له، فإن قيل: حقه في الولد ولهذا لم يجز العزل عنها إلا بإذنه، قلنا: لا يستحق على الزوج استيلاد المرأة لو حلف ليعزلن عنها أو لا يستولدها لم يكن مولياً، ولو أن المولي وطىء بحيث يوجد التقاء الختانين حصلت الفيئة وزالت عنه المطالبة وإن لم ينزل، وإنما استؤذن السيد في العزل لأنه يضر بالأمة فربما نقص قيمتها.

فصل: فإن كانت المرأة صغيرة أو مجنونة فليس لها المطالبة لأن قولها غير معتبر وليس لوليها المطالبة لها لأن هذا طريقه الشهوة فلا يقوم غيرهما مقامهما فيه، فإن كانتا ممن لا يمكن وطؤهما لم يحتسب عليه بالمدة لأن المنع من جهتهما، وإن كان وطؤهما ممكناً فإن أفاقت المجنونة أو بلغت الصغيرة قبل انقضاء المدة تمت المدة لها المطالبة، وإن كان ذلك بعد انقضاء المدة فلهما المطالبة يومئذ لأن الحق لها ثابت وإنما تأخر لعدم إمكان المطالبة، وقال الشافعي لا تضرب المدة في الصغيرة حتى تبلغ وقال أبو حنيفة تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم يمكن الوطء فإن لم يمكن فاء بلسانه وإلا بانت بانقضاء المدة وكذلك الحكم عنده في الناشز والرتقاء والقرناء والتي غابت في المدة لأن هذا إيلاء صحيح فوجب أن تتعقبه المدة كالتي يمكنه جماعها.

ولنا: إن حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه، وأما التي أمكنه جماعها فتضرب له المدة في حقها لأنه إيلاء صحيح ممن يمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغة، والتي قصد الإضرار بها بترك الوطء أثم ويستحب أن يقال له اتق الله فإما أن تفيء وإما أن تطلق فإن الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] وقال الله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وليس الإضرار من المعاشرة بالمعروف.

مسألة: قال: (والفيئة الجماع)

ليس في هذا اختلاف بحمد الله. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الفيء الجماع، كذلك قال ابن عباس، وروي ذلك عن علي وابن مسعود. وبه قال مسروق وعطاء والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو عبيدة وأصحاب الرأي إذا لم يكن عذر، وأصل الفيء الرجوع ولذلك يسمى الظل بعد الزوال فيئاً لأنه رجع من المغرب إلى المشرق فسمي الجماع من المولي فيئة لأنه رجع إلى فعل ما تركه وأدنى الوطء الذي تحصل به الفيئة أن تغيب الحشفة في الفرج، فإن أحكام الوطء تتعلق به، ولو وطء دون الفرج أو في الدبر لم يكن فيئة لأنه ليس بمحلوف على تركه ولا يزول الضرر بفعله.

فصل: وإذا فاء لزمته الكفارة في قول أهل العلم. روي ذلك عن زيد وابن عباس، وبه قال ابن سيرين والنخعي والثوري وقتادة ومالك وأهل المدينة وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي، وله قول آخر لا كفارة عليه وهو قول الحسن، وقال النخعي كانوا يقولون ذلك لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] قال قتادة هذا خالف الناس يعني قول الحسن.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ إلى قوله: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] وقال سبحانه: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحريم: ٢] وقال النبي ﷺ: «إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك» متفق عليه. ولأنه حالف حانث في يمينه فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها والمغفرة لا تنافي الكفارة فإن الله تعالى قد غفر لرسوله ﷺ ما تقدم من ذنبه وما تأخر وقد كان يقول: «إني والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها» متفق عليه.

فصل: وإن كان الإيلاء بتعليق عتق أو طلاق وقع بنفس الوطء لأنه معلق بصفة وقد وجدت، وإن كان على نذر أو عتق أو صوم أو صلاة أو صدقة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات فهو مخير بين الوفاء به وبين كفارة يمين لأنه نذر لجاج وغضب. فهذا حكمه، وإن علق طلاقها الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفيئة وأمر بالطلاق لأن الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بإيلاج الحشفة فيصير مستمتعاً بأجنبية، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وأكثرهم قالوا تجوز الفيئة لأن النزع ترك للوطء وترك الوطء ليس بوطء، وقد ذكر القاضي أن كلام أحمد يقتضي روايتين كهذين الوجهين، واللائق بمذهب أحمد تحريمه لوجوه ثلاثة. **أحدها**: أن آخر الوطء حصل في أجنبية كما ذكرنا فإن النزع يلتذ به كما يلتذ بالإيلاج فيكون في حكم الوطء ولذلك قلنا فيمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع أنه يفطر، والتحريم ها هنا أولى لأن الفطر بالوطء، ويمكن منع كون النزع وطئاً، والمحرم ها هنا الاستمتاع والنزع استمتاع فكان محرماً، ولأن لمسها على وجه التلذذ بها محرم فلمس الفرج بالفرج أولى بالتحريم، فإن قيل: فهذا إنما يحصل ضرورة ترك الوطء المحرم، قلنا: فإذا لم يكن الوطء إلا بفعل محرم حرم ضرورة ترك الحرام كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله إلا بأكل لحم الخنزير حرم ولو اشتبهت ميتة بمذكاة أو امرأته بأجنبية حرم الكل.

الوجه الثاني: أنه بالوطء يحصل الطلاق بعد الإصابة وهو طلاقه بدعة. وكما يحرم إيقاعه بلسانه يحرم تحقيق سببه. **الثالث**: أن يقع به طلاق البدعة من وجه آخر وهو جمع الثلاث فإن وطىء فعليه أن ينزع حين يولج الحشفة ولا يزيد على ذلك ولا يلبث ولا يتحرك عند النزع لأنها أجنبية فإذا فعل ذلك فلا حد ولا مهر لأنه تارك للوطء، وإن لبث أو تمم الإيلاج فلا حد عليه لتمكن الشبهة منه لكونه وطأ بعضه في زوجته، وفي المهر وجهان: **أحدهما**: يلزمه، لأنه حصل منه وطء محرم في محل غير مملوك فأوجب المهر كما لو أولج بعد النزع. **والثاني**: لا يجب، لأنه

تابع الإيلاج في محل مملوك فكان تابعاً له في سقوط المهر، وإن نزع ثم أولج وكانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما وعليه المهر لها ويلحقه النسب وإن كانا عالمين بالتحريم فعليهما الحد لأنه إيلاج في أجنبية بغير شبهة فأشبه ما لو طلقها ثلاثاً ثم وطئها ولا مهر لها لأنها مطاوعة على الزنا ولا يلحقه النسب لأنه من زنا لا شبهة فيه.

وذكر القاضي وجهاً أنه لا حد عليهما لأن هذا مما يخفى على كثير من الناس وهو وجه لأصحاب الشافعي والصحيح الأول. لأن الكلام في العالمين وليس هو في مظنة الخفاء، فإن أكثر المسلمين يعلمون أن الطلاق الثلاث محرم للمرأة، وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً نظرت فإن كان هو العالم فعليه الحد ولها المهر ولا يلحقه النسب لأنه زان محدود، وإن كانت هي العالمة دونه فعليها الحد ولا مهر لها والنسب لاحق بالزوج لأن وطأه وطء شبهة.

فصل: وإن قال إن وطئتك فأنت علي كظهر أمي فقال أحمد: لا يقربها حتى يكفر وهذا نص في تحريمها قبل التكفير وهو دليل على تحريم الوطء في المسألة التي قبلها بطريق التنبيه لأن المطلقة ثلاثاً أعظم تحريماً من المظاهر منها وإذا وطيء ها هنا فقد صار مظاهراً من زوجته وزال حكم الإيلاء، ويحتمل أن أحمد إنما أراد إذا وطئها مرة فلا يطؤها حتى يكفر لكونه صار بالوطء مظاهراً إذا لا يصح تقديم الكفارة على الظهار لأنه سببها ولا يجوز تقديم الحكم على سببه، ولو كفر قبل الظهار لم يجزئه، وقد روى إسحاق قال قالت لأحمد فيمن قال لزوجته أنت علي كظهر أمي إن قربتك إلى سنة؟ قال إن جاءت تطلب فليس له أن يعضلها بعد مضي الأربعة الأشهر يقال له إما أن تفيء وإما أن تطلق فإن وطئها فقد وجب عليه كفارة وإن أبى وأرادت مفارقته طلقها الحاكم عليه، فينبغي أن تحمل الرواية الأولى على المنع من الوطء بعد الوطء الذي صار به مظاهراً لما ذكرناه فتكون الروايتان متفقتين والله تعالى أعلم.

مسألة: قال: (أو يكون له عذر من مرض أو إحرام أو شيء لا يمكن معه الجماع فيقول متى قدرت جامعتها فيكون ذلك من قوله فيئة للعذر)

وجملة ذلك: أنه إذا مضت المدة وبالمولي عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن يفيء بلسانه فيقول متى قدرت جامعتها ونحو هذا وممن قال يفيء بلسانه إذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد والنخعي والحسن والزهري والثوري والأوزاعي وعكرمة وأبو عبيد وأصحاب الرأي، وقال سعيد بن جبير لا يكون الفيء إلا الجماع في حال العذر وغيره وقال أبو ثور إذا لم يقدر لم يوقف حتى يصح أو يصل إن كان غائباً ولا تلزمه الفيئة بلسانه لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول وقال بعض الشافعية يحتاج أن يقول قد ندمت على ما فعلت وإن قدرت وطئت.

ولنا: إن القصد بالفيئة ترك ما قصده من الإضرار وقد ترك قصد الإضرار بما أتى به من الاعتذار. والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر، بدليل أن إشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها يقوم مقام طلبها في الحضور في إثباتها ولا يحتاج أن يقول ندمت

لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه، وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن فيئة المعذور أن يقول فئت إليك هو قول الثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي والذي ذكر القاضي في المجرد مثل ما ذكر الخرقي وهو أحسن لأن وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل على ترك قصد الإضرار وفيه نوع من الاعتذار وإخبار بإزالته للضرر عند إمكانه ولا يحصل بقوله فئت إليك شيء من هذا. فأما العاجز لجب أو شلل ففيئته أن يقول لو قدرت لجامعتها لأن ذلك يزيل ما حصل بإيلائه.

فصل: والإحرام كالمرض في ظاهر قول الخرقي: وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور والظهار. وذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل من أجله وهو مذهب الشافعي لأن الامتناع بسبب منه فلا يسقط حكماً واجباً عليه فعلى هذا لا يؤمر بالوطء لأنه محرم عليه ولكن يؤمر بالطلاق، ووجه القول الأول أنه عاجز عن الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فأشبه المريض فأما المظاهر فيقال له إما أن تكفر وتفيء وإما أن تطلق فإن قال أمهلوني حتى أطلب رقبة أو أطعم فإن علم أنه قادر على التكفير في الحال وإنما يقصد المدافعة والتأخير لم يمهل لأن الحق حال عليه وإنما يمهل للحاجة ولا حاجة، وإن لم يعلم ذلك أمهل ثلاثة أيام لأنها قريبة ولا يزاد على ذلك وإن كان فرضه الصيام فطلب الإمهال ليصوم شهرين متتابعين لم يمهل لأنه كثير، ويتخرج أن يفيء بلسانه فيئة المعذور ويمهل حتى يصوم كقولنا في المحرم، فإن وطئها فقد عصى وانحل إيلاؤه ولها منعه منه. لأن هذا الوطء محرم عليهما.

وقال القاضي: يلزمها التمكين إن امتنعت سقط حقها لأن حقها في الوطء وقد بذله لها، ومتى وطئها فقد وفاها حقها والتحريم عليه دونها.

ولنا: إنه وطء حرام فلا يلزم التمكين منه كالوطء في الحيض والنفاس. وهذا ينقض دليلهم، ولا نسلم كون التحريم عليه دونها فإن الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الآخر لكونه فعلاً واحداً، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحريم الوطء في الحيض والنفاس وإحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه.

فصل: وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكن أداؤه طولب بالفيئة لأنه قادر عليها بأداء ما عليه فإن لم يفعل أمر بالطلاق، وإن كان عاجزاً عن أدائه أو حبس ظلماً أمر بفيئة المعذور، وإن انقضت وهو غائب والطريق آمن فلها أن توكل من يطالبه بالمسير إليها أو حملها إليه فإن لم يفعل أخذ بالطلاق وإن كان الطريق مخوفاً أو له عذر يمنعه فاء فيئة المعذور.

فصل: فإن كان مغلوباً على عقله بجنون أو إغماء لم يطالب لأنه لا يصح للخطاب ولا يصح منه الجواب وتتأخر المطالبة إلى حال القدرة وزوال العذر ثم يطالب حينئذ، وإن كان مجنوناً وقلنا: يصح إيلاؤه فاء فيئة المعذور فيقول لو قدرت جامعتها.

فصل: وإذا انقضت المدة فادعى أنه عاجز عن الوطء فإذا كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه العنة كما لا تسمع دعواها عليه ويؤخذ بالفيئة أو بالطلاق كغيره وإن لم يكن وطئها ولم تكن حاله معروفة، فقال القاضي: تسمع دعواه ويقبل قوله لأن التعنين من العيوب التي لا يقف عليها غيره، وهذا ظاهر نص الشافعي، ولها أن تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة بعد أن يفيء فيئة أهل الأعذار.

وفيه وجه آخر: أنه لا يقبل قوله لأنه متهم في دعوى ما يسقط عنه حقاً توجه عليه الطلب به والأصل سلامته منه، وإن ادعت أنه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته والقول قوله في عدم الإصابة.

مسألة: قال: (فمتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق)

وجملة الأمر: أن المولي إذا وقف وطولب بالفيئة وهو قادر عليها، فلم يفعل أمر بالطلاق. وهذا قول كل من يقول يوقف المولي لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فإذا امتنع من أداء الواجب عليه فقد امتنع من الإمساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالإحسان، وإن كان معذوراً ففاء بلسانه ثم قدر على الوطء أمر به فإن فعل وإلا أمر بالطلاق وبهذا قال الشافعي، وقال أبو بكر: إذا فاء بلسانه لم يطالب بالفيئة مرة أخرى وخرج من الإيلاء، وهو قول الحسن وعكرمة والأوزاعي لأنه فاء مرة فخرج من الإيلاء ولم تلزمه فيئة ثانية كما لو فاء بالوطء، وقال أبو حنيفة تستأنف له مدة الإيلاء. لأنه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئة فلا يطالب إلا بعد استئناف مدة الإيلاء كما لو طلقها.

ولنا: إنه أخر حقها لعجزه عنه فإذا قدر عليه لزمه أن يوفيها إياه كالدين على المعسر إذا قدر عليه. وما ذكروه فليس بحقها ولا يزول الضرر عنها به وإنما وعدها بالوفاء ولزمها الصبر عليه وإنكاره كالغريم المعسر.

فصل: وليس على من فاء بلسانه كفارة ولا حنث لأنه لم يفعل المحلوف عليه وإنما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به فقال: متى قدرت وفيته.

مسألة: قال: (فإن لم يطلق طلق الحاكم عليه)

وجملة الأمر: أن المولي إذا امتنع من الفيئة بعد التربص أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق، فإن وقع طلاقه الذي أوقعه واحدة كانت أو أكثر، وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلقة. لأنه يحصل بالوفاء بحقها بها فإنه يفضي إلى البينونة والتخلص من ضرره، وإن امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه. وبهذا قال مالك، وعن أحمد رواية أخرى: ليس للحاكم الطلاق عليه لأن ما خير فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات في حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو أختان فعلى هذا يحبسه ويضيق عليه حتى يفيء أو يطلق وللشافعي قولان كالروايتين:

ولنا: إن ما دخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين. وفارق الاختيار فإنه ما تعين مستحقه. وهذا أصح في المذهب. وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك لأنه حق لها وإنما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها.

فصل: والطلاق الواجب على المولي رجعي سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه. وبهذا قال الشافعي. قال الأثرم قلت لأبي عبد الله في المولي فإن طلقها قال تكون واحدة وهو أحق بها. وعن أحمد رواية أخرى: أن فرقة الحاكم تكون بائناً، ذكر أبو بكر الروايتين جميعاً.

وقال القاضي: المنصوص عن أحمد في فرقة الحاكم أنها تكون بائناً. فإن في رواية الأثرم وقد سئل إذا طلق عليه السلطان أتكون واحدة؟ فقال إذا طلق فهي واحدة وهو أحق بها فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة، وقال أبو ثور: طلاق المولي بائن سواء طلق هو أو طلق عليه الحاكم لأنها فرقة لرفع الضرر فكان بائناً كفرقة العنة، ولأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لأنه يرتجعها فيبقى الضرر، وقال أبو حنيفة يقع الطلاق بانقضاء العدة بائناً. ووجه الأول أنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعياً كالطلاق في غير الإيلاء. ويفارق فرقة العنة لأنها فسخ لعيب وهذه طلقة، ولأنه لو أبيح له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه يندفع عنها الضرر فإنه إذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى، ولأن العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة في رجعته وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته وإقلاعه عن الإضرار بها فافترقا والله أعلم.

مسألة: قال: (فإن طلق عليه ثلاثاً فهي ثلاث)

وجملة الأمر: أن المولي إذا امتنع من الفيئة والطلاق معاً وقام الحاكم مقامه فإنه يملك من الطلاق ما يملكه المولي، وإليه الخيرة فيه إن شاء طلق واحدة وإن شاء اثنتين وإن شاء ثلاثاً وإن شاء فسخ. قال القاضي: هذا ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي ليس له إلا واحدة لأن إيفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين في حق الممتنع.

ولنا: إن الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه كما لو وكله في ذلك وليس ذلك زيادة على حقها فإن حقها الفرقة غير أنها تتنوع وقد يرى الحاكم المصلحة في تحريمها عليه ومنعه رجعتها لعلمه بسوء قصده وحصول المصلحة بعده، قال أبو عبد الله إذا قال فرقت بينكم فإنما هو فسخ، وإذا قال طلقت واحدة فهي واحدة وإذا قال ثلاثاً فهي ثلاث.

مسألة: قال: (وإن طلق واحدة وراجع وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر كان الحكم كما حكمنا في الأول)

وجملة الأمر: أنه إذا طلق المولي أو طلق الحاكم عليه أقل من ثلاث فله رجعتها وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى: أن تفريق الحاكم ليس فيه رجعة فإنه قال: وأما تفريق

السلطان فليس فيه رجعة في العدة ولا بعدها، فعلى هذه الرواية يكون طلاق الحاكم بائناً فليس فيه رجعة، وقال أبو بكر في كل فرقة فرقها الحاكم روايتان لعاناً كانت أو غيره.

إحداهما: تحرم على التأبيد واختارها. والثانية: له المراجعة فيها بعقد جديد وهذا الصحيح وليس في كلام أحمد ما يقتضي تحريمها عليه، وقوله: ليس فيه رجعة في العدة ولا بعدها يمكن حمله على أنه ليس له رجعتها بغير نكاح جديد لأنه قد صرح في سائر الروايات به. ولأنه لم يوجد سبب يقتضي تحريمها عليه وتفريق الحاكم لا يقتضي سوى التفريق بينهما في هذا النكاح ولذلك لو فرق بينهما لأجل العنة لم تحرم عليه.

وأما فرقة اللعان فإنها تحصل بدون تفريق الحاكم ولو حصلت بتفريق الحاكم غير أن المقتضي للتفريق والتحريم اللعان بدليل أنه لا يجوز إقرارهما على النكاح وإن تراضوا به بخلاف مسألتنا، وأما على قول الخرقي فإن الطلاق إذا كان دون الثلاث فهو رجعي سواء كان من المولي أو الحاكم وهذا مذهب الشافعي لأن الحاكم نائبه فلا يقع طلاقه مفيداً كما لم يفده طلاق المولي كالوكيل، فإن لم يراجع حتى انقضت عدتها بانت ولم يلحقها طلاق ثان. وهذا مذهب الشافعي، وروي عن علي: «إذا سبق حد الإيلاء حد الطلاق فهما تطليقتان، وإن سبق حد الطلاق حد الإيلاء فهي واحدة» ويقتضيه مذهب الزهري، وهذا مبني على أن الطلاق يقع بانقضاء مدة الإيلاء من غير إيقاع وقد سبق ذكر ذلك. فأما إن فسخ الحاكم النكاح فليس للمولي الرجوع عليها إلا بنكاح جديد سواء كان في العدة أو بعدها ولا ينقص به عدد طلاقه لأنه ليس بطلاق، فأشبه فسخ النكاح لعيبه أو عنته، وإن طلق المولي أو الحاكم ثلاثاً لم تحل له إلا بعد زوج ثان وإصابة ونكاح جديد. إذا ثبت هذا فإنه إذا طلق دون الثلاث فراجعها في عدتها فإن مدة الإيلاء تنقطع بالطلاق ولا يحتسب عليه بما قبل الرجعة من المدة لأنها صارت ممنوعة منه بغير اليمين فانقطعت المدة كما لو كان الطلاق بائناً فإن راجع استؤنفت المدة من حين رجعته فإن كان الباقي منها أقل من أربعة أشهر سقط الإيلاء وإن كان أكثر منها تربصنا به أربعة أشهر ثم وقفناه ليفيء أو يطلق ثم يكون الحكم ها هنا كالحكم في وقفه الأول فإن طلق أو طلق الحاكم عليه واحدة ثم راجع وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر انتظرناه أربعة أشهر ثم طولب بالفيئة أو الطلاق فإن طلق فقد كملت الثلاث وحرمت عليه. وهذا مذهب الشافعي ويقتضي مذهب أبي عبد الله بن حامد أنه إذا طلق استؤنفت المدة الأخرى من حين طلق فلو تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدة الطلاق وقف ثانياً فإن فاء وإلا أمر بالطلاق ونحو هذا مذهب مالك وأبي عبيد، وإن انقضت العدة قبل مدة الإيلاء بانت وانقطع الإيلاء فإن راجع في العدة قبل مدة الإيلاء تربص به تمام أربعة أشهر من حين طلق، وعن ابن مسعود وعطاء والحسن والنخعي وقتادة والأوزاعي أن الطلاق يهدم الإيلاء. وهذا يحتمل أن يكون معناه أنه يقطع مدته فلا يحتسب بمدته قبل الرجعة فيكون قول الخرقي مثله، ويحتمل أنه يزيل حكمه بالكلية لأنه قد وفاها حقها بالطلاق فسقط حكم الإيلاء كما لو وطئها، والجواب عن هذا أن حكم

اليمين باق في المنع من الوطء فيبقي الإيلاء كما لو لم يطلق بخلاف الفيئة فإنها ترفع اليمين لحصول الحنث فيها.

مسألة: قال: (ولو وقفناه بعد الأربعة أشهر فقال قد أصبتها فإن كانت ثيباً كان القول قوله مع يمينه)

وهذا قول الشافعي لأن الأصل بقاء النكاح والمرأة تدعي ما يلزمه به رفعه وهو يدعي ما يوافق الأصل ويبقيه فكان القول قوله كما لو ادعى الوطء في العنة ولأن هذا أمر خفي ولا يعلم إلا من جهته فقبل قوله فيه كقول المرأة في حيضها وتلزمه اليمين لأن ما تدعيه المرأة محتمل فوجب نفيه باليمين ونص أحمد في رواية الأثرم على أنه لا يلزمه يمين لأنه لا يقتضي فيه بالنكول وهذا اختيار أبي بكر، فأما إن كانت بكراً واختلفا في الإصابة أريت النساء الثقات فإن شهدن بثيوبتها فالقول قوله، وإن شهدن ببكارتها فالقول قولها لأنه لو وطئها زالت بكارتها، وظاهر قول الخرقي أنه لا يمين ها هنا لقوله في باب العنين فإن شهدن بما قالت أجل سنة ولم يذكر يمينه وهذا قول أبي بكر لأن البينة تشهد لها فلا تجب اليمين معها.

فصل: ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها فادعى أنه أصابها وكذبته ثم طلقها وأراد رجعتها كان القول قولها فنقبل قوله في الإصابة في الإيلاء، ولا نقبله في إثبات الرجعة له، وقد سبق تعليل ذلك في كتاب الرجعة.

مسألة: قال: (ولو آلى منها فلم يصبها حتى طلقها وانقضت عدتها منه ثم نكحها وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر وقف لها كما وصفت)

وجملة الأمر: أن المولي إذا أبان زوجته انقطعت مدة الإيلاء بغير خلاف علمناه سواء بانت بفسخ أو طلاق ثلاث أو بخلع أو بانقضاء عدتها من حين الطلاق الرجعي لأنها صارت أجنبية منه ولم يبق شيء من أحكام نكاحها. فإن عاد فتزوجها عاد حكم الإيلاء من حين تزويجها واستؤنفت المدة حينئذ، فإن كان الباقي من مدة يمينه أربعة أشهر فما دون لم يثبت حكم الإيلاء لأن مدة التربص أربعة أشهر وإن كان أكثر من أربعة أشهر تربص أربعة أشهر ثم وقف لها فإما أن يفيء أو يطلق، وإن لم يطلق طلق الحاكم عليه. وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة إن كان الطلاق أقل من ثلاث ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم نكحها عاد الإيلاء، وإن استوفى عدد الطلاق لم يعد الإيلاء لأن حكم النكاح الأول زال بالكلية ولهذا ترجع إليه على طلاق ثلاث فصار إيلاؤه في النكاح الأول كإيلائه من أجنبية، وقال أصحاب الشافعي يتحصل من أقواله ثلاثة أقاويل، قولان كالمذهبين، وقول ثالث لا يعود حكم الإيلاء بحال، وهو قول ابن المنذر لأنها صارت بحال لو آلى منها لم يصح إيلاؤه فبطل حكم الإيلاء منها كالمطلقة ثلاثاً.

ولنا: إنه ممتنع من وطء امرأته بيمين في حال نكاحها فثبت له حكم الإيلاء كما لو لم يطلق، وفارق الإيلاء من الأجنبية فإنه لا يقصد باليمين عليها الإضرار بها بخلاف مسألتنا.

فصل: ولو آلى من امرأته الأمة ثم اشتراها ثم أعتقها وتزوجها عاد الإيلاء ولو كان المولي عبداً فاشترته امرأته ثم أعتقته وتزوجته عاد الإيلاء، ولو بانت الزوجة بردة أو إسلام من أحدهما أو غيره ثم تزوجها تزويجاً جديداً عاد الإيلاء وتستأنف المدة في جميع ذلك، وسواء عادت إليه بعد زوج ثان أو قبله لأن اليمين كانت منه في حال الزوجية فيبقى حكمها ما وجدت الزوجية وهكذا لو قال لزوجته إن دخلت الدار فوالله لا جامعتك ثم طلقها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الأول عاد حكم الإيلاء، لأن الصفة المعقودة في حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية فإن دخلت الدار في حال البينونية ثم عاد فتزوجها لم يثبت حكم الإيلاء في حقه لأن الصفة وجدت في حال كونها أجنبية ولا ينعقد الإيلاء بالحلف على الأجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته.

مسألة: قال: (ولو آلى منها واختلفا في مضي الأربعة أشهر كان القول قوله في أنها لم تمضِ مع يمينه)

إنما كان كذلك لأن الاختلاف في مضي المدة ينبني على الخلاف في وقت يمينه فإنهما لو اتفقا على اليمين حسب من ذلك الوقت فعلم هل انقضت المدة أو لا؟ وزال الخلاف، إما إذا اختلفا في وقت اليمين فقال حلفت في غرة رمضان وقالت بل حلفت في غرة شعبان. فالقول قوله لأنه صدر من جهته وهو أعلم به فكان القول قوله كما لو اختلفا في أصل الإيلاء ولأن الأصل عدم الحلف في غرة شعبان فكان قوله في نفيه موافقاً للأصل، قال الخرقي ويكون ذلك مع يمينه وهو مذهب الشافعي. وذهب أبو بكر إلى أنه لا يمين عليه، قال القاضي وهو أصح لأنه اختلاف في أحكام النكاح فلم تشرع فيه يمين كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته، ووجه قول الخرقي: قول النبي ﷺ: «اليمين على المدعى عليه» ولأنه حق لآدمي يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون.

فصل: فإن ترك الوطء بغير يمين لم يكن مولياً لأن الإيلاء الحلف ولكن إن ترك ذلك لعذر من مرض أو غيبة ونحوه لم تضرب له مدة وإن تركه مضراً بها فهل تضرب له مدة؟ على روايتين. **إحداهما**: تضرب له مدة أربعة أشهر فإن وطئها وإلا دعي بعدها إلى الوطء فإن امتنع منه أمر بالطلاق كما يفعل في الإيلاء سواء، لأنه أضر بها بترك الوطء في مدة الإيلاء فيلزم حكمه كما لو حلف ولأن ما وجب أداؤه إذا حلف على تركه وجب أداؤه إذا لم يحلف كالنفقة وسائر الواجبات، يحققه أن اليمين لا تجعل غير الواجب واجباً إذا أقسم على تركه فوجوبه معها يدل على وجوبه قبلها، ولأن وجوبه في الإيلاء إنما كان لدفع حاجة المرأة وإزالة الضرر عنها وضررها لا يختلف بالإيلاء وعدمه فلا يختلف الوجوب، فإن قيل: فلا يبقى للإيلاء أثر فلم أفردتم له باباً؟ قلنا: بل له أثر فإنه يدل على قصد الإضرار فيتعلق الحكم به وإن لم يظهر منه قصد الإضرار اكتفي بدلالته وإذا لم توجد اليمين احتجنا إلى دليل سواه يدل على المضارة فيعتبر الإيلاء لدلالته على المقتضي لا لعينه. **والثانية**: لاتضرب له مدة وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأنه ليس بمول فلم تضرب له مدة كما لو لم يقصد الإضرار، ولأن تعليق الحكم بالإيلاء يدل على انتفائه عند عدمه، إذ لو ثبت هذا الحكم بدونه لم يكن له أثر و الله أعلم.

كتاب الظهار

الظهار: مشتق من الظهر، وإنما خصوا الظهر بـذلك من بـين سائـر الأعضاء، لأن كـل مركوب يسمى ظهراً لحصول الركوب على ظهره في الأغلب فشبهوا الزوجة بذلك، وهو محـرم، لقول الله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً﴾ [المجادلة: ٢] ومعنـاه أن الزوجـة ليست كالأم في التحريم، وقال الله تعالى: ﴿مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ﴾ [المجادلة: ٢] وقال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللاَّئِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤] والأصـل في الظهـار الكتاب والسنـة، أما الكتـاب فقولـه تعالى: ﴿الَّـذِينَ يُظَاهِـرُونَ مِنْكُمْ مِنَ نِسَـائِهِمْ مَـا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ﴾ [المجادلة: ٢] والآية التي بعدها. وأما السنة فروى أبو داود بإسـناده عن خـويلة بنت مالـك بن ثعلبـة قالت: «تـظاهر مني أوس بن الصـامت فجئت رسـول الله ﷺ أشكـو ورسـول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول: اتقي الله فإنه ابن عمك. فما برحت حتى نزل القرآن: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾ [المجادلة: ١] فقال: يعتق رقبة. فقالت لا يجد قال: فيصـوم شهرين متتابعين. قلت: يـا رسول الله إنـه شيخ كبـير ما بـه من صيام قـال: فليطعم ستـين مسكيناً.

قلت: ما عنده من شيء يتصدق به قال: فإني سأعينه بعـرق من تمر، فقلت يـا رسول الله فـإني أعينه بعرق آخر قال: قد أحسنت، اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك» قال الأصمعي ـ العرق ـ بفتـح العين والـراء هو مـا سف من خوص كـالزنبيـل الكبير، وروي أيضاً بإسناده عن سليمان بن يسار عن سلمة بن صخـر البياضي قـال: «كنت أصيب من النساء ما لا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئاً يتتابـع حتى أصبح، فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان فبينا هي تخدمني ذات ليلة إذ تكشف لي منها شيء فلم ألبث أن نزوت عليها فلما أصبحت خـرجت إلى قومي فـأخبرتهم الخـبر، وقلت امشوا معي إلى رسـول الله ﷺ قالـوا لا والله فانـطلقت إلى النبي فأخـبرته الخـبر فقال: أنت بـذاك يا سلمة؟ فقلت: أنا بذاك يا رسول الله، وأنا صابر لحكم الله فاحكم في ما أراك الله، قـال: حرر رقبة. قلت والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها وضربت صفحـة رقبتي قال: صم شهـرين

متتابعين. قلت: وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟ قال: فأطعم وسقاً من تمر بين ستين مسكيناً. قلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما لنا طعام. قال: فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك، قال: فأطعم ستين مسكيناً وسقاً من تمر، وكل أنت وعيالك بقيتها. فرجعت إلى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند رسول الله ﷺ السعة وحسن الرأي وقد أمر لي بصدقتكم»

فصل: وكل زوج صح طلاقه صح ظهاره وهو البالغ العاقل سواء كان مسلماً أو كافراً حراً أو عبداً. قال أبو بكر وظهار السكران مبني على طلاقه. قال القاضي: وكذلك ظهار الصبي مبني على طلاقه، والصحيح أن ظهار الصبي غير صحيح لأنها يمين موجبة للكفارة فلم تنعقد منه كاليمين بالله تعالى ولأن الكفارة وجبت لما فيه من قول المنكر والزور وذلك مرفوع عن الصبي لكون القلم مرفوعاً عنه. وقد قيل لا يصح ظهار العبد لأن الله تعالى قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ والعبد لا يملك الرقاب.

ولنا: عموم الآية ولأنه يصح طلاقه فصح ظهاره كالحر. فأما إيجاب الرقبة فإنما هو على من يجدها ولا يبقى الظهار في حق من لا يجدها كالمعسر فرضه الصيام ويصح ظهار الذمي. وبه قال الشافعي، ومالك وأبو حنيفة لا يصح منه لأن الكفارة لا تصح منه وهي الرافعة للتحريم فلا يصح منه التحريم. ودليل أن الكفارة لا تصح منه أنها عبادة تفتقر إلى النية فلا تصح منه كسائر العبادات.

ولنا: إن من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم. فأما ما ذكروه فيبطل بكفارة الصيد إذا قتله في الحرم وكذلك الحد يقام عليه. ولا نسلم أن التكفير لا يصح منه فإنه يصح منه العتق والإطعام، وإنما لا يصح منه الصوم فلا تمتنع صحة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة كما في حق العبد، والنية إنما تعتبر لتعيين الفعل للكفارة فلا يمتنع ذلك في حق الكافر كالنية في كنايات الطلاق. ومن يخنق في الأحيان يصح ظهاره في إفاقته كما يصح طلاقه فيه.

فصل: ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره كالطفل والزائل العقل بجنون أو إغماء أو نوم أو غيره لا نعلم في هذا خلافاً، وقد قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ولا يصح ظهار المكره وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر، وقال أبو يوسف يصح ظهاره. والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في صحة طلاقه وقد مضى ذلك.

فصل: ويصح الظهار من كل زوجة كبيرة كانت أو صغيرة مسلمة كانت أو ذمية ممكناً وطؤها أو غير ممكن، وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو ثور لا يصح الظهار من التي لا يمكن وطؤها لأنه لا يمكن وطؤها والظهار لتحريم وطئها.

ولنا: عموم الآية ولأنها زوجة يصح طلاقها فصح الظهار منها كغيرها.

مسألة: قال: (وإذا قال لزوجته أنت علي كظهر أمي أو كظهر امرأة أجنبية أو أنت علي حرام، أو حرم عضواً من أعضائها فلا يطؤها حتى يأتي بالكفارة)

في هذه المسألة فصول خمسة. **أحدها**: أنه متى شبه امرأته بمن تحرم عليه على التأبيد فقال أنت علي كظهر أمي أو أختي أو غيرهما فهو مظاهر وهذا على ثلاثة أضرب. **أحدها**: أن يقول أنت علي كظهر أمي فهذا ظهار إجماعاً قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن تصريح الظهار أن يقول أنت علي كظهر أمي، وفي حديث خويلة امرأة أوس بن الصامت أنه قال لها: «أنت علي كظهر أمي فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فأمره بالكفارة»

الضرب الثاني: أن يشبهها بظهر من تحرم عليه من ذوي رحمه كجدته وعمته وخالته وأخته. فهذا ظهار في قول أكثر أهل العلم منهن الحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري والأوزاعي ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو جديد قولي الشافعي. وقال في القديم لا يكون الظهار إلا بأم أو جدة لأنها أم أيضاً لأن اللفظ الذي ورد به القرآن مختص بالأم فإذا عدل عنه لم يتعلق به ما أوجبه الله تعالى فيه.

ولنا: إنهن محرمات بالقرابة فأشبهن الأم. فأما الآية فقد قال فيها: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَراً مِنَ ٱلْقَوْلِ وَزُوراً﴾ [المجادلة: ٢] وهذا موجود في مسألتنا فجرى مجراه وتعليق الحكم بالأم لا يمنع ثبوت الحكم في غيرها إذا كانت مثلها.

الضرب الثالث: أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الأقارب كالأمهات المرضعات والأخوال من الرضاعة وحلائل الآباء والأبناء وأمهات النساء والربائب اللائي دخل بأمهن فهو ظهار أيضاً، والخلاف فيها كالتي قبلها، ووجه المذهبين ما تقدم ويزيد في الأمهات المرضعات دخولها في عموم الأمهات فتكون داخلة في النص وسائرهن في معناها فثبت فيهن حكمها. **الفصل الثاني**: إذا شبهها بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقتاً كأخت امرأته وعمتها أو الأجنبية فعن أحمد فيه روايتان. **إحداهما**: أنه ظهار وهو اختيار الخرقي وقول أصحاب مالك. **والثانية**: ليس بظهار وهو مذهب الشافعي لأنها غير محرمة على التأبيد فلا يكون التشبيه بها ظهاراً كالحائض والمحرمة من نسائه، ووجه الأول أنه شبهها بمحرمة فأشبه ما لو شبهها بالأم ولأن مجرد قوله أنت علي حرام ظهار إذا نوى به الظهار والتشبيه بالمحرمة تحريم فكان ظهاراً، فأما الحائض فيباح الاستمتاع بها في غير الفرج والمحرمة يحل له النظر إليها ولمسها من غير شهوة، وليس في وطء واحدة منها حد، بخلاف مسألتنا، واختار أبو بكر أن الظهار لا يكون إلا من ذوات المحارم من النساء قال فبهذا أقول.

فصل: وإن شبهها بظهر أبيه أو بظهره من الرجال أو قال أنت علي كظهر البهيمة أو أنت علي كالميتة والدم ففي ذلك كله روايتان: **إحداهما**: أنه ظهار، قال الميموني قلت لأحمد إن ظاهر من ظهر الرجل؟ قال فظهر الرجل حرام يكون ظهاراً وبهذا قال ابن القاسم صاحب مالك فيما إذا قال أنت علي كظهر أبي وروي ذلك عن جابر بن زيد.

والرواية الثانية: ليس بظهار وهو قول أكثر العلماء لأنه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع. أشبه ما لو قال أنت علي كمال زيد، وهل فيه كفارة؟ على روايتين. **إحداهما**: فيه كفارة لأنه نوع

تحريم. فأشبه ما لو حرم ماله. **والثانية**: ليس فيه شيء، نقل ابن القاسم عن أحمد فيمن شبه امرأته بظهر الرجل لا يكون ظهاراً ولم أره يلزمه فيه شيء، وذلك لأنه تشبيه لامرأته بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه التشبيه بمال غيره، وقال أبو الخطاب في قوله أنت علي كالميتة والدم إن نوى به الطلاق كان طلاقاً وإن نوى الظهار كان ظهاراً وإن نوى اليمين كان يميناً وإن لم ينو شيئاً ففيه روايتان. **إحداهما**: هو ظهار. **والأخرى**: هو يمين ولم يتحقق عندي معنى إرادته الظهار واليمين و الله أعلم.

فصل: فإن قال أنت عندي أو مني أو معي كظهر أمي كان ظهاراً بمنزلة علي لأن هذه الألفاظ في معناه، وإن قال جملتك أو بدنك أو جسمك أو ذاتك أو كلك علي كظهر أمي كان ظهاراً لأنه أشار إليها فهو كقوله أنت، وإن قال أنت كظهر أمي كان ظهاراً لأنه أتى بما يقتضي تحريمها عليه فانصرف الحكم إليه كما لو قال أنت طالق. وقال بعض الشافعية ليس بظهار لأنه فيه ما يدل على أن ذلك في حقه وليس بصحيح فإنها إذا كانت كظهر أمه محرم عليه.

فصل: وإن قال أنت علي كأمي أو مثل أمي ونوى به الظهار فهو ظهار في قول عامة العلماء منهم أبو حنيفة وصاحباه والشافعي وإسحاق وإن نوى به الكرامة والتوقير أو أنها مثلها في الكبر أو الصفة فليس بظهار والقول قوله في نيته، وإن أطلق فقال أبو بكر هو صريح في الظهار وهو قول مالك ومحمد بن الحسن، وقال ابن أبي موسى فيه روايتان أظهرهما أنه ليس بظهار حتى ينويه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لأن هذا اللفظ يستعمل في الكرامة أكثر مما يستعمل في التحريم فلم ينصرف إليه بغير نية ككنايات الطلاق.

ووجه **الأول**: أنه شبه امرأته بجملة أمه فكان مشبهاً لها بظهرها فيثبت الظهار كما لو شبهها به منفرداً؛ والذي يصح عندي في قياس المذهب أنه إن وجدت قرينة تدل على الظهار مثل أن يخرجه مخرج الحلف فيقول إن فعلت كذا فأنت علي مثل أمي أو قال ذلك حال الخصومة والغضب فهو ظهار لأنه إذا خرج مخرج الحلف فالحلف يراد للامتناع من شيء أو الحث عليه وإنما يحصل ذلك بتحريمها عليه، ولأن كونها مثل أمه في صفتها أو كرامتها لا يتعلق على شرط فيدل على أنه إنما أراد الظهار ووقوع ذلك في حال الخصومة والغضب دليل على أنه أراد به ما يتعلق بأذاها ويوجب اجتنابها وهو الظهار، وإن عدم هذا فليس بظهار لأنه محتمل لغير الظهار احتمالاً كثيراً فلا يتعين الظهار فيه بغير دليل. ونحو هذا قول أبي ثور وهكذا لو قال أنت علي كأمي أو مثل أمي أو قال أنت أمي أو امرأتي أمي مع الدليل الصارف له إلى الظهار كان ظهاراً إما بنية أو ما يقوم مقامها، وإن قال أمي امرأتي أو مثل امرأتي لم يكن ظهاراً لأنه تشبيه لأمه ووصف لها وليس بوصف لامرأته.

الفصل الثالث: أنه إذا قال أنت علي حرام فإن نوى به الظهار فهو ظهار في قول عامتهم. وبه يقول أبو حنيفة والشافعي، وإن نوى به الطلاق فقد ذكرناه في باب الطلاق ففيه روايتان: **إحداهما**: هو ظهار ذكره الخرقي في موضع آخر ونص عليه أحمد في رواية جماعة من

أصحابه وذكره إبراهيم الحربي عن عثمان وابن عباس وأبي قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي أنهم قالوا: الحرام ظهار، وروي عن أحمد ما يدل على أن التحريم يمين، وروي عن ابن عباس أنه قال: إن التحريم يمين في كتاب الله عز وجل قال الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] ثم قال: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحريم: ٢] وأكثر الفقهاء على أن التحريم إذا لم ينو به الظهار ليس بظهار. وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ووجه ذلك الآية المذكورة وأن التحريم يتنوع منه ما هو بظهار وبحيض وإحرام وصيام فلا يكون التحريم صريحاً في واحد منها ولا ينصرف إليه بغير النية كما لا ينصرف إلى تحريم الطلاق، ووجه الأول أنه تحريم أوقعه في امرأته فكان بإطلاقه ظهاراً كتشبيهها بظهر أمه، وقولهم: إن التحريم يتنوع قلنا إلا أن تلك الأنواع منتفية ولا يحصل بقوله منها إلا الطلاق وهذا أولى منه لأن الطلاق تبين به المرأة وهذا يحرمها مع بقاء الزوجية فكان أدنى الظهار فهو ظهار وإن قصد أنها محرمة عليه بذلك السبب فلا شيء فيه. فإن أطلق فليس بظهار لأنه يحتمل الخبر عن حالها، ويحتمل إنشاء التحريم فيها بالظهار فلا يتعين بغير تعيين.

فصل: فإن قال الحل علي حرام أو ما أحل الله علي حرام أو ما أنقلب إليه حرام وله امرأة فهو مظاهر نص عليه أحمد في الصور الثلاث. وذلك لأن لفظه يقتضي العموم فيتناول المرأة بعمومه، وإن صرح بتحريم المرأة أو نواها فهو آكد قال أحمد فيمن قال ما أحل الله علي حرام من أهل ومال عليه كفارة الظهار هو يمين. وتجزئه كفارة واحدة في ظاهر كلام أحمد هذا، واختار ابن عقيل أنه يلزمه كفارتان للظهار ولتحريم المال لأن التحريم تناولهما وكل واحد منهما لو انفرد أوجب كفارة فكذلك إذا اجتمعا.

ولنا: إنها يمين واحدة فلا توجب كفارتين كما لو تظاهر من امرأتين أو حرك من ماله شيئين وما ذكره ينتقض بهذا، وفي قول أحمد هو يمين إشارة إلى التعليل بما ذكرناه لأن اليمين الواحدة لا توجب أكثر من كفارة، وإن نوى بقوله ما أحل الله علي حرام وغيره من لفظات العموم المال لم يلزمه إلا كفارة يمين لأن اللفظ العام يجوز استعماله في الخاص، وعلى الرواية الأخرى التي تقول إن الحرام بإطلاقه ليس بظهار لا يكون ها هنا مظاهراً إلا أن ينوي الظهار.

فصل: وإن قال أنت علي كظهر أمي حرام فهو صريح في الظهار لا ينصرف إلى غيره سواء نوى الطلاق أو لم ينوه، وليس فيه اختلاف بحمد الله لأنه صرح بالظهار وبينه بقوله حرام، وإن قال أنت علي حرام كظهر أمي أو كأمي فكذلك وبه قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي. **والقول الثاني**: إذا نوى الطلاق فهو طلاق وهو قول أبي يوسف ومحمد إلا أن أبا يوسف قال لا أقبل قوله في نفي الظهار، ووجه قولهم أن قوله أنت علي حرام إذا نوى به الطلاق فهو طلاق وزيادة قوله كظهر أمي بعد ذلك لا ينفي الطلاق كما لو قال أنت طالق كظهر أمي.

ولنا: إنه أتى بصريح الظهار فلم يكن طلاقاً كالتي قبلها وقولهم إن التحريم مع نية الطلاق طلاق لا نسلمه وإن سلمناه لكنه فسر لفظه ها هنا بصريح الظهار بقوله فكان العمل بصريح القول أولى من العمل بالنية.

فصل: وإن قال أنت طالق كظهر أمي طلقت وسقط كظهر أمي لأنه أتى بصريح الطلاق أولاً وجعل قوله كظهر أمي صفة له فإن نوى بقوله كظهر أمي تأكيد الطلاق لم يكن ظهاراً كما لو أطلق، وإن نوى به الظهار وكان الطلاق بائناً فهو كالظهار من الأجنبية لأنه أتى بـه بعد بينـونتها بالطلاق وإن كان رجعياً كان ظهاراً صحيحاً ذكره القاضي وهو مـذهب الشافعي لأنـه أتى بلفظ الظهار فيمن هي زوجـة. وإن نوى بقـوله أنت طـالق الظهـار لم يكن ظهاراً لأنـه نوى الـظهار بصريـح الطلاق، وإن قـال أنت علي كـظهر أمي طـالق وقع الـظهار والـطلاق معاً سـواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً لأن الظهار سبق الطلاق.

فصل: فإن قال أنت علي حرام ونوى الطلاق والظهار معاً كـان ظهاراً ولم يكن طـلاقاً، لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً وطلاقاً والظهار أولى بهـذا اللفظ فينصرف إليه. وقـال بعض أصحاب الشافعي يقال له اختر أيهما شئت، وقال بعضهم إن قال: أردت الطلاق والظهـار كان طلاقاً لأنه بدأ به، وإن قال أردت الظهار والطلاق كان ظهاراً لأنه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ويلزمه ما بدأ به.

ولنا: إنه أتى بلفظة الحرام ينوي بها الظهار فكـانت ظهاراً كـما لو انفـرد الظهـار بنية ولا يكون طلاقاً لأنه زاحمت نيته الظهار وتعذر الجميع والظهار أولى بهذه اللفـظة لأن معناهمـا واحد وهـو التحريم فيجب أن يغلب مـا هو الأولى، أمـا الطلاق فـإن معناه الاطـلاق وهو حـل قيـد النكاح وإنما التحريم حكم له في بعض أحواله وقد ينفك عنه. فإن الرجعية مطلقة مباحة وأمـا التخيير فلا يصح لأن هذه اللفظة قد ثبت حكمها حين لفظ بها لكونه أهلاً والمحـل قابـلاً ولهذا لو حكمنا بأنه طلاق لكانت عدتها من حـين أوقع الـطلاق وليس إليه رفـع حكم ثبت في المحل واختياره وإبداله بإرادته، والقول الآخر مبني على أن له الاختيار وهو فاسد على ما ذكرنا، ثـم إن الاعتبار بجميع لفظه لا بما بدأ به، ولذلك لو قال طلقت هذه أو هذه لم يلزم طلاق الأولى.

الفصل الرابع: أنه شبه عضواً من امرأته بظهر أمه أو عضواً من أعضائها فهو مظاهر فلو قال فرجك أو ظهرك أو رأسك أو جلدك علي كظهر أمي أو بدنها أو رأسها أو يدها فهو مظاهر، وبهذا قال مـالك وهـو نص الشافعي وعن أحمـد رواية أخـرى أنه ليس بمـظاهر حتى يشبـه جملة امرأته لأنه لو حلف بـالله لا يمس عضواً منهـا لم يسر إلى غيره فكذلك المظاهـرة، ولأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص، لأنه تشبيه جملتها تشبيه لمحل الاستمتاع بما يتأكد تحريمه لجملتها فيكون آكـد، وقال أبـو حنيفة: إن شبههـا بما يحرم النظر إليـه من الأم كالفـرج والفخذ ونحوهما فهو مظاهر وإن لم يحرم النظر إليه كالرأس والوجه لم يكن مظاهراً. لأنه شبههـا بعضو لا يحرم النظر إليه فلم يكن مظاهراً كما لو شبهها بعضو زوجة له أخرى.

ولنا: إنه شبهها بعضو من أمه فكان مظاهراً كما لو شبهها بظهرها، وفارق الزوجة فإنه لو شبهها بظهرها لم يكن مظاهراً والنظر إن لم يحرم فإن التلذذ يحرم وهو المستفاد بعقد النكاح.

فصل: وإن قال كشعر أمي أو سنها أو ظفرها أو شبه شيئاً من ذلك من امرأته بأمه أو بعضو من أعضائها الثلاثة لم يكن مظاهراً لأنها ليست من أعضاء الأم الثابتة ولا يقع الطلاق بإضافته إليها فكذلك الظهار، وكذلك لو قال كزوج أمي فإن الزوج لا يوصف بالتحريم ولا هو محل للاستمتاع، وكذلك الريق والعرق والدمع، وإن قال وجهي من وجهك حرام فليس بظهار، نص عليه أحمد وقال هذا شيء يقوله الناس ليس بشيء، وذلك لأن هذا يستعمل كثيراً في غير الظهار ولا يؤدي معنى الظهار فلم يكن ظهاراً كما لو قال لا أكلمك.

فصل: فإن قال أنا مظاهر أو عليَّ الظهار أو عليَّ الحرام أو الحرام لي لازم ولا نية له لم يلزمه شيء لأنه ليس بصريح في الظهار ولا نوى به الظهار، وإن نوى به الظهار أو اقترنت به قرينة تدل على إرادته الظهار مثل أن يعلقه على شرط فيقول علي الحرام إن كلمتك احتمل أن يكون ظهاراً لأنه أحد نوعي تحريم الزوجة فصح بالكناية مع النية كالطلاق، ويحتمل أن لا يثبت به الظهار لأن الشرع إنما ورد به بصريح لفظه وهذا ليس بصريح فيه ولأنه يمين موجبة للكفارة فلم يثبت حكمه بغير الصريح كاليمين بالله تعالى.

فصل: يكره أن يسمي الرجل امرأته بمن تحرم عليه كأمه أو أخته أو بنته لما روى أبو داود بإسناده عن أبي تميمة الهجيمي: «أن رجلاً قال لامرأته يا أخية فقال رسول الله ﷺ: أختك هي؟ فكره ذلك ونهى عنه» ولأنه لفظ يشبه لفظ الظهار، ولا تحرم بهذا، ولا يثبت حكم الظهار فإن النبي ﷺ لم يقل له: حرمت عليك، ولأن هذا اللفظ ليس بصريح في الظهار ولا نواه به فلا يثبت التحريم، وفي الحديث عن النبي ﷺ: «أن إبراهيم عليه السلام أرسل إليه جبار فسأله عنها - يعني عن سارة - فقال: «إنها أختي» ولم يعد ذلك ظهاراً.

الفصل الخامس: أن المظاهر يحرم عليه وطء امرأته قبل أن يكفر. وليس في ذلك اختلاف إذا كانت الكفارة عتقاً أو صوماً لقول الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] وقوله سبحانه: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٤] وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالإطعام مثل ذلك وأنه يحرم وطؤها قبل التكفير، منهم عطاء والزهري والشافعي وأصحاب الرأي. وذهب أبو ثور إلى إباحة الجماع قبل التكفير بالإطعام، وعن أحمد ما يقتضي ذلك لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما في العتق والصيام.

ولنا: ما روى عكرمة عن ابن عباس: «أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إني تظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر؟ فقال ما حملك على ذلك يرحمك الله؟ قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر. قال: فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ولأنه مظاهر لم يكفر فحرم عليه جماعها كما لو كانت كفارته العتق أو الصيام وترك النص عليها لا يمنع قياسها على المنصوص الذي في معناها.

فصل: فأما التلذذ بما دون الجماع من القبلة واللمس والمباشرة فيما دون الفرج ففيه روايتان:

إحداهما: يحرم. وهو اختيار أبي بكر. وهو قول الزهري ومالك والأوزاعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن النخعي وهو أحد قولي الشافعي لأن ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والإحرام.

والثانية: لا تحرم. قال أحمد أرجو أن لا يكون به بأس وهو قول الثوري وإسحاق وأبي حنيفة. وحكي عن مالك وهو القول الثاني للشافعي لأنه وطء يتعلق بتحريمه مال فلم يتجاوزه التحريم كوطء الحائض.

فصل: ولا يصح الظهار من أمته ولا أم ولده. روي ذلك عن ابن عمر وعبد الله بن عمر وسعيد بن المسيب ومجاهد والشعبي وربيعة والأوزاعي والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه، وروي عن الحسن وعكرمة والنخعي وعمرو بن دينار وسليمان بن يسار والزهري وقتادة والحكم والثوري ومالك: في الظهار من الأمة كفارة تامة لأنها مباحة له فصح الظهار منها كالزوجة، وعن الحسن والأوزاعي إن كان يطؤها فهو ظهار وإلا فلا، لأنه إذا لم يطأها فهو كتحريم ماله. وقال عطاء عليه نصف كفارة حرة لأن الأمة على النصف من الحرة في كثير من أحكامها وهذا من أحكامها فتكون على النصف.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] فخصهن به، لأنه لفظ يتعلق به تحريم الزوجة فلا تحرم به الأمة كالطلاق، لأن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فنقل حكمه وبقي محله، قال أحمد: قال أبو قلابة وقتادة: إن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية، وروي عن أحمد أن على المظاهر من أمته كفارة ظهار، وقال أبو بكر: لا يتوجه هذا على مذهبه لأنه لو كانت عليه كفارة ظهار كان ظهاراً ولكن عليه كفارة يمين لأنه تحريم لمباح من ماله فكانت فيه كفارة يمين كتحريك كتحريم سائر ماله. قال نافع: «حرم رسول الله ﷺ جاريته فأمره الله أن يكفر يمينه» ويحتمل أن يلزمه شيء بناء على قوله في المرأة إذا قالت لزوجها أنت علي كظهر أبي لا يلزمها شيء وإن قال لأمته أنت علي حرام فعليه كفارة يمين لقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] إلى قوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ٢] نزلت في تحريم النبي ﷺ لجاريته في قول بعضهم. ويخرج على الرواية الأخرى أن تلزمه كفارة ظهار لأن التحريم ظهار والأول هو الصحيح إن شاء الله تعالى.

فصل: ويصح الظهار مؤقتاً مثل أن يقول: أنت علي كظهر أمي شهراً، أو حتى ينسلخ شهر رمضان. فإذا مضى الوقت زال الظهار وحلت المرأة بلا كفارة ولا يكون عائداً بالوطء في المدة، وهذا قول ابن عباس وعطاء وقتادة والثوري وإسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي. وقوله الآخر: لا يكون ظهاراً وبه قال ابن أبي ليلى والليث، لأن الشرع ورد بلفظ الظهار مطلقاً، وهذا لم يطلق. فأشبه ما لو شبهها بمن تحرم عليه في وقت دون وقت، وقال طاوس: إذا ظاهر في وقت فعليه الكفارة وإن بر، وقال مالك: يسقط التأقيت ويكون ظهاراً مطلقاً لأن هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة فإذا وقته لم يتوقت كالطلاق.

ولنا: حديث سلمة بن صخر وقوله: «تظاهرت من امرأتي حتى ينسلخ شهر رمضان، وأخبر النبي ﷺ أنه أصابها في الشهر فأمره بالكفارة» ولم يعتبر عليه تقييده، ولأنه منع نفسه منها بيمين لها كفارة فصح مؤقتاً كالإيلاء وفارق الطلاق فإنه يزيل الملك وهو يوقع تحريماً يرفعه التكفير فجاز تأقيته، ولا ينصح قول من أوجب الكفارة وإن بر لأن الله تعالى إنما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا ومن بر وترك العود في الوقت الذي ظاهر فلم يعد لما قال فلا تجب عليه الكفارة، وفارق التشبيه بمن لا تحرم عليه على التأبيد، لأن تحريمها غير كامل وهذه حرمها في هذه المدة تحريماً مشبهاً بتحريم ظهر أمه على أننا نمنع الحكم فيها. إذا ثبت هذا فإنه لا يكون عائداً إلا بالوطء في المدة وهذا هو المنصوص عن الشافعي، وقال بعض أصحابه: إن لم يطلقها عقيب الظهار فهو عائد عليه بالكفارة، وقال أبو عبيد: إذا أجمع على غشيانها في الوقت لزمته الكفارة وإلا فلا لأن العود العزم على الوطء.

ولنا: حديث سلمة بن صخر وأنه لم يوجب عليه الكفارة إلا بالوطء ولأنها يمين لم يحنث فيها فلا يلزمه كفارتها كاليمين بالله تعالى، ولأن المظاهر في وقت عازم على إمساك زوجته في ذلك الوقت فمن أوجب عليه الكفارة بذلك كان قوله كقول طاوس فلا معنى لقوله: يصح الظهار مؤقتاً لعدم تأثير الوقت.

فصل: ويصح تعليق الظهار بالشروط نحو أن يقول: إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي، وإن شاء زيد فأنت علي كظهر أمي، فمتى شاء زيد أو دخلت الدار صار مظاهراً وإلا فلا، وبهذا قال الشافعي وإصحاب الرأي لأنه يمين فجاز تعليقه على شرط الإيلاء. ولأن أصل الظهار أنه كان طلاقاً والطلاق يصح تعليقه بالشرط فكذلك الظهار، ولأنه قول تحرم به الزوجة فصح تعليقه على شرط كالطلاق ولو قال لامرأته: إن تظاهرت من امرأتي الأخرى فأنت علي كظهر أمي ثم تظاهر من الأخرى صار مظاهراً منهما جميعاً. وإن قال: إن تظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت علي كظهر أمي، ثم قال للأجنبية: أنت علي كظهر أمي صار مظاهراً من امرأته عند من يرى الظهار من الأجنبية، ومن لا فلا، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى.

فصل: فإن قال أنت علي كظهر أمي إن شاء الله لم ينعقد ظهاره. نص عليه أحمد فقال: إذا قال لامرأته عليه كظهر أمه إن شاء الله تعالى فليس عليه شيء هي يمين. وإذا قال: ما أحل الله علي حرام إن شاء الله وله أهل هي يمين ليس عليه شيء. وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنها يمين مكفرة فصح الاستثناء فيها كاليمين بالله تعالى أو كتحريم ماله، وقد قال النبي ﷺ: «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه» رواه الترمذي، وقال حديث حسن غريب، وفي لفظ: «من حلف فاستثنى فإن شاء فعل وإن شاء رجع غير حنث» رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي، وإن قال أنت علي حرام ووالله لا أكلمك إن شاء الله عاد الاستثناء إليهما في أحد الوجهين، لأن الاستثناء إذا تعقب جملاً عاد إلى جميعها إلا أن ينوي الاستثناء في بعضها فيعود إليه وحده، وإن قال: أنت علي حرام إذا شاء الله أو إلا ما شاء الله أو إلى أن يشاء أو ما شاء الله. فكله استثناء يرفع حكم

الظهار. وإن قال إن شاء الله فأنت حرام فهو استثناء برفع حكم الظهار. لأن الشرط إذا تقدم يجاب بالفاء، وإن قال إن شاء الله أنت حرام فهو استثناء لأن الفاء مقدرة، وإن قال إن شاء الله فأنت حرام صح أيضاً والفاء زائدة، وإن قال: أنت حرام إن شاء الله وشاء زيد فشاء زيد لم يصر مظاهراً لأنه علقه على مشيئتين فلا يحصل بإحداهما.

مسألة: قال: (فإن مات أو ماتت أو طلقها لم تلزمه الكفارة. فإن عاد فتزوجها لم يطأها حتى يكفر لأن الحنث بالعود، وهو الوطء لأن الله عز وجل أوجب الكفارة على المظاهر قبل الحنث)

الكلام في هذه المسألة في ثلاثة فصول، **أحدها**: أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار، فلو مات أحدهما أو فارقها قبل العود فلا كفارة عليه. وهذا قول عطاء والنخعي والأوزاعي والحسن والثوري ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأي، وقال طاوس ومجاهد والشعبي والزهري وقتادة: عليه الكفارة بمجرد الظهار لأنه سبب للكفارة، وقد وجد ولأن الكفارة وجبت لقول المنكر والزور وهذا يحصل بمجرد الظهار، وقال الشافعي: متى أمسكها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فعليه الكفارة لأن ذلك هو العود عنده.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة:٣] فأوجب الكفارة بأمرين ظهار وعود فلا تثبت بأحدهما، ولأن الكفارة في الظهار كفارة يمين فلا يحنث بغير الحنث كسائر الأيمان، والحنث فيها هو العود وذلك فعل ما حلف على تركه وهو الجماع وترك طلاقها ليس بحنث فيها ولا فعل لما حلف على تركه فلا تجب به الكفارة ولأنه لو كان الإمساك عوداً لوجبت الكفارة على المظاهر الموقف وإن بر، وقد نص الشافعي على أنها لا تجب عليه.

إذا ثبت هذا فإنه لا كفارة عليه إذا مات أحدهما قبل وطئها وكذلك إن فارقها سواء كان ذلك متراخياً عن يمينه أو عقيبه وأيهما مات ورثه صاحبه في قول الجمهور، وقال قتادة: إن ماتت لم يرثها حتى يكفر. ولنا: إن من ورثها إذا كفر ورثها وإن كالمولي لم يكفر منها.

الفصل الثاني: أنه إذا طلق من ظاهر منها، ثم تزوجها لم يحل له وطؤها حتى يكفر سواء كان الطلاق ثلاثاً أو أقل منه وسواء رجعت إليه بعد زوج آخر أو قبله نص عليه أحمد وهو قول عطاء والحسن والزهري والنخعي ومالك وأبي عبيد وقال قتادة: إذا بانت سقط الظهار فإذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه وللشافعي قولان كالمذهبين. **وقول ثالث**: إن كانت البينونة بالثلاث لم يعد الظهار إلا عاد وبناه على الأقاويل في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني.

ولنا: عموم قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مَنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] وهذا قد ظاهر من امرأته فلا يحل أن يتماسا حتى يكفر، ولأنه ظاهر من امرأته فلا يحل له مسها قبل التكفير كالتي لم يطلقها ولأن الظهار يمين مكفرة فلم يبطل حكمها بالطلاق كالإيلاء.

الفصل الثالث: أن العود هو الوطء فمتى وطيء فلزمته الكفارة ولا تجب قبل ذلك إلا أنها شرط لحل الوطء فيؤمر بها من أراده ليستحله بها كما يؤمر بعقد النكاح من أراد حل المرأة. وحكي نحو ذلك عن الحسن والزهري وهو قول أبي حنيفة، إلا أنه لا يوجب الكفارة على من وطيء وهي عنده في حق من وطيء كمن لا يطأ.

وقال القاضي وأصحابه: العود العزم على الوطء إلا أنهم لم يوجبوا الكفارة على العازم على الوطء إذا مات أحدهما أو طلق قبل الوطء، إلا أبا الخطاب فإنه قال: إذا مات بعد العزم أو طلق فعليه الكفارة، وهذا قول مالك وأبي عبيد، وقد أنكر أحمد هذا فقال مالك يقول: إذا أجمع لزمته الكفارة فكيف يكون هذا؟ لو طلقها بعد ما يجمع كان عليه كفارة؟ إلا أن يكون يذهب إلى قول طاوس: إذا تكلم بالظهار لزمه مثل الطلاق، ولم يعجب أحمد قول طاوس.

وقال أحمد في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: ٣] قال: العود الغشيان إذا أراد أن يغشى كفر، واحتج من ذهب إلى هذا بقوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] فأوجب الكفارة بعد العود قبل التماس، وما حرم قبل الكفارة لا يجوز كونه متقدماً عليها ولأنه قصد بالظهار تحريمها فالعزم على وطئها عود فيما قصد، ولأن الظهار تحريم فإذا أراد استباحتها فقد رجع في ذلك التحريم فكان عائداً. وقال الشافعي: العود إمساكها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها فيه لأن ظهاره منها يقتضي إبانتها فإمساكها عود فيما قال، وقال داود العود تكرار الظهار مرة ثانية لأن العود في الشيء إعادته.

ولنا: إن العود فعل ضد قوله ومنه، «العائد في هبته» هو الراجع في الموهوب والعائد في عدته التارك للوفاء بما وعد، والعائد فيما نهي عنه فاعل المنهي عنه قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نُهُوا عَنْهُ﴾ فالمظاهر محرم للوطء على نفسه ومانع لها منه. فالعود فعله، وقولهم إن العود يتقدم التكفير والوطء يتأخر عنه. قلنا المراد بقوله: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ﴾ [المجادلة: ٨] أي يريدون العود كقول الله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾ [المائدة: ٦] أي أردتم ذلك وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ﴾ [النحل: ٩٨] فإن قيل: فهذا تأويل ثم هو رجوع إلى إيجاب الكفارة بالعزم المجرد قلنا دليل التأويل ما ذكرنا.

وأما الآمر بالكفارة عند العزم فإنما أمر بها شرطاً للحل كالأمر بالطهارة لمن أراد صلاة النافلة والأمر بالنية لمن أراد الصيام، فأما الإمساك فليس بعود لأنه ليس بعود في الظهار المؤقت فكذلك في المطلق، ولأن العود فعل ضد ما قاله والإمساك ليس بضد له، وقولهم إن الظهار يقتضي إبانتها لا يصح وإنما يقتضي تحريمها واجتنابها ولذلك صح توقيته ولأنه قال: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قالوا﴾ وثم للتراخي والإمساك غير متراخ. وأما قول داود فلا يصح لأن النبي ﷺ أمر أوساً وسلمة بن صخر بالكفارة من غير إعادة اللفظ، ولأن العود إنما هو في مقوله دون قوله كالعود في الهبة والعدة والعود لما نهي عنه ويدل على إبطال هذه الأقوال كلها أن الظهار يمين مكفرة فلا تجب الكفارة إلا بالحنث فيها وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الايمان وتجب الكفارة بذلك كسائر الأيمان، ولأنه يمين تقتضي ترك الوطء فلا تجب كفارتها إلا به كالإيلاء.

مسألة: قال: (وإذا قال لامرأة أجنبية أنت علي كظهر أمي لم يطأها إن تزوجها حتى يأتي بالكفارة)

وجملته: أن الظهار من الأجنبية يصح سواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء علي كظهر أمي وسواء أوقعه مطلقاً أو علقه على التزويج فقال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي، ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر. يروى نحو هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه. وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك وإسحاق، ويحتمل أن لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج، وهو قول الثوري وأبي حنيفة والشافعي ويروى ذلك عن ابن عباس لقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] والأجنبية ليست من نسائه ولأن الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيداً بنسائه فلم يثبت حكمها في الأجنبية كالإيلاء فإن الله تعالى قال: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] كما قال: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ولأنها ليست بزوجة فلم يصح الظهار منها كأمته ولأنه حرم محرمة فلم يلزمه شيء كما لو قال أنت حرام ولأنه نوع تحريم فلم يتقدم النكاح كالطلاق.

ولنا: ما روى الإمام أحمد بإسناده عن عمر بن الخطاب أنه قال في رجل قال إن تزوجت فلانة فهي علي كظهر أمي فتزوجها، قال: «عليه كفارة الظهار» ولأنها يمين مكفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى. أما الآية فإن التخصيص خرج مخرج الغالب فإن الغالب أن الإنسان إنما يظاهر من نسائه فلا يوجب تخصيص الحكم بهن كما أن تخصيص الربيبة التي في حجره بالذكر لم يوجب اختصاصها بالتحريم، وأما الإيلاء فإنما اختص حكمه بنسائه لكونه يقصد الإضرار بهن دون غيرهن والكفارة وجبت ها هنا لقول المنكر والزور ولا يختص ذلك بنسائه، ويفارق الظهار الطلاق من وجهين.

أحدهما: أن الطلاق حل قيد النكاح ولا يمكن حله قبل عقده والظهار تحريم للوطء فيجوز تقديمه على العقد كالحيض.

الثاني: أن الطلاق يرفع العقد فلم يجز أن يسبقه وهذا لا يرفعه وإنما تتعلق الإباحة على شرط فجاز تقدمه. وأما الظهار من الأمة فقد انعقد يميناً وجبت به الكفارة ولم تجب كفارة الظهار لأنها ليست امرأة له حال التكفير بخلاف مسألتنا.

فصل: وإذا قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي ثم تزوج نساء وأراد العود فعليه كفارة واحدة سواء تزوجهن في عقد أو في عقود متفرقة، نص عليه أحمد وهو قول عروة وإسحاق لأنها يمين واحد فكفارتها واحدة كما لو ظاهر من أربع نساء بكلمة واحدة، وعنه أن لكل عقد كفارة فلو تزوج اثنتين في عقد وأراد العود فعليه كفارة واحدة ثم إذا تزوج أخرى وأراد العود فعليه كفارة أخرى وروي ذلك عن إسحاق لأن المرأة الثالثة وجد العقد عليها الذي يثبت به الظهار وأراد العود إليها بعد التكفير عن الأولتين فكانت عليه لها كفارة كما لو ظاهر منها ابتداء، ولو قال قال لأجنبية أنت علي كظهر أمي وقال أردت أنها مثلها في التحريم في الحال دين

في ذلك، وهل يقبل في الحكم؟ يحتمل وجهين. أحدهما: لا يقبل لأنه صريح للظهار فلا يقبل صرفه إلى غيره والثاني: يقبل لأنها حرام عليه كما أن أمه حرام عليه.

مسألة: قال: (ولو قال أنت علي حرام وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شيء، وإن تزوجها لأنه صادق، وإن أراد في كل حال لم يطأها إن تزوجها حتى يأتي بكفارة الظهار)

أما إذا أراد بقوله لها أنت علي حرام الاخبار عن حرمتها في الحال فلا شيء عليه لأنه صادق لكونه وصفها بصفتها ولم يقل منكراً ولا زوراً وكذلك لو أطلق هذا القول ولم يكن له نية فلا شيء عليه لذلك وإن أراد تحريمها في كل حال فهو ظهار لأن لفظة الحرام إذا أريد بها بالظهار ظهار في الزوجة فكذلك في الأجنبية فصار كقوله أنت علي كظهر أمي.

مسألة: قال: (ولو ظاهر من زوجته وهي أمة فلم يكفر حتى ملكها انفسخ النكاح ولم يطأها حتى يكفر).

وجملته أن الظهار يصح من كل زوجة كانت أمة أو حرة فإذا ظاهر من زوجته الأمة ثم ملكها انفسخ النكاح، واختلف أصحابنا في بقاء حكم الظهار فذكر الخرقي ها هنا أنه باق ولا يحل له الوطء حتى يكفر وبه يقول مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي ونص عليه الشافعي، وقال القاضي المذهب ما ذكر الخرقي وهو قول أبي عبد الله بن حامد لقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] وهذا قد ظاهر من امرأته فلم يحل له مسها حتى يكفر، ولأن الظهار قد صح فيها وحكمه لا يسقط بالطلاق المزيل للملك والحل فبملك اليمين أولى ولأنها يمين انعقدت موجبة لكفارة فوجبت دون غيرها كسائر الأيمان، وقال أبو بكر عبد العزيز يسقط الظهار بملكه لها وإن وطئها حنث وعليه كفارة يمين كما لو تظاهر منها وهي أمته لأنها خرجت عن الزوجات وصار وطؤه لها بملك اليمين فلم يكن موجباً لكفارة الظهار كما لو تظاهر منها وهي أمته ويقتضي قول أبي بكر هذا أن تباح قبل التكفير لأنه أسقط الظهار وجعله يميناً كتحريم أمته فإن أعتقها من كفارته صح على القولين فإن تزوجها بعد ذلك حلت له بغير كفارة لأنه كفر عن ظهاره بإعتاقها ولا يمتنع إجزاؤها عن الكفارة التي وجبت بسببها كما لو قال إن ملكت أمة فلله عليَّ عتق رقبة فملك أمة فأعتقها وإن أعتقها عن غير الكفارة ثم تزوجها عاد حكم الظهار ولم تحل له حتى يكفر.

مسألة: قال: (ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة لم يكن عليه أكثر من كفارة)

وجملته: أنه إذا ظاهر من نسائه الأربع بلفظ واحد فقال أنتن علي كظهر أمي فليس عليه أكثر من كفارة بغير خلاف في المذهب، وهو قول علي وعمر وعروة وطاوس وعطاء وربيعة ومالك والأوزاعي وإسحاق وأبي ثور والشافعي في القديم، وقال الحسن والنخعي والزهري

ويحيى الأنصاري والحكم والثوري وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد عليه لكل امرأة كفارة لأنه وجب الظهار والعود في حق كل امرأة منهن فوجب عليه عن كل واحدة كفارة كما لو أفردها به.

ولنا: عموم قول عمر وعلي رضي الله عنهما رواه عنهما الأثرم ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً فكان إجماعاً، ولأن الظهار كلمة تجب بمخالفتها الكفارة فإذا وجدت في جماعة أوجبت كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى؛ وفارق إذا ما ظاهر منها بكلمات فإن كل كلمة تقتضي كفارة ترفعها وتكفر إثمها وها هنا الكلمة واحدة فالكفارة الواحدة ترفع حكمها وتمحو إثمها فلا يبقى لها حكم.

فصل: ومفهوم كلام الخرقي أنه إذا ظاهر منهن بكلمات فقال لكل واحدة أنت علي كظهر أمي فإن لكل يمين كفارة، وهذا قول عروة وعطاء قال أبو عبد الله بن حامد المذهب رواية واحدة في هذا، قال القاضي المذهب عندي ما ذكر الشيخ أبو عبد الله، قال أبو بكر فيه رواية أخرى أنه يجزئه كفارة واحدة، واختار ذلك وقال هذا الذي قلناه اتباعاً لعمر بن الخطاب والحسن وعطاء وابراهيم وربيعة وقبيصة وإسحاق لأن كفارة الظهار حق لله تعالى فلم تتكرر بتكرر سببها كالحد وعليه يخرج الطلاق.

ولنا: إنها أيمان متكررة على أعيان متفرقة فكان لكل واحدة كفارة كما لو كفر ثم ظاهر، ولأنها أيمان لا يحنث في إحداها بالحنث في الأخرى فلا تكفرها كفارة واحدة كالأصل، ولأن الظهار معنى يوجب الكفارة فتتعدد الكفارة بتعدده في المحال المختلفة كالقتل، ويفارق الحد فإنه عقوبة تدرأ بالشبهات فأما إن ظاهر من زوجته مراراً ولم يكفر فكفارة واحدة لأن الحنث واحدة فوجبت كفارة واحدة كما لو كانت اليمين واحدة.

فصل: إذا ظاهر من امرأة ثم قال لأخرى أشركتك معها أو أنت شريكتها أو كهي ونوى المظاهرة من الثانية صار مظاهراً منها بغير خلاف علمناه وبه يقول مالك والشافعي وإن أطلق صار مظاهراً أيضاً إذا كان عقيب مظاهرته من الأولى ذكره أبو بكر وبه قال مالك قال أبو الخطاب ويحتمل أن لا يكون مظاهراً وبه قال الشافعي لأنه ليس بصريح في الظهار ولا نوى به الظهار فلم يكن ظهاراً كما لو قال ذلك قبل أن يظاهر من الأولى، لأنه يحتمل أنها شريكتها في دينها أو في الخصومة أو في النكاح أو سوء الخلق فلم تخصص بالظهار إلا بالنية كسائر الكنايات.

ولنا: إن الشركة والتشبيه لا بد أن يكون في شيء فوجب تعليقه بالمذكور معه كجواب السؤال فيما إذا قيل له: ألك امرأة؟ فقال قد طلقتها كالعطف مع المعطوف عليه والصفة مع الموصوف، وقولهم إنه كناية لم ينو بها الظهار، قلنا: قد وجد دليل النية فيكتفى بها، وقولهم إنه يحتمل قلنا: ما ذكرنا من القرينة يزيل الاحتمال وإن بقي احتمال ما كان مرجوحاً فلا يلتفت إليه كالاحتمال في اللفظ الصريح.

مسألة: قال: (والكفارة عتق رقبة مؤمنة سالمة من العيوب المضرة بالعمل)
في هذه المسألة ثلاث مسائل.

الأولى: أن كفارة المظاهر القادر على الإعتاق عتق رقبة لا يجزئه غير ذلك بغير خلاف علمناه بين أهل العلم، والأصل في ذلك قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] إلى قوله: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٤] وقول النبي ﷺ: لأوس بن الصامت حين ظاهر من امرأته «يعتق رقبة. قلت لا يجد قال: فيصوم» وقوله لسلمة بن صخر مثل ذلك فمن وجد رقبة يستغني عنها أو وجد ثمنها فاضلاً عن حاجته ووجدها به لم يجزئه إلا الإعتاق لأن وجود المبدل إذا منع الانتقال إلى البدل كانت القدرة على ثمنه تمنع الانتقال كالماء وثمنه يمنع الانتقال إلى التيمم.

المسألة الثانية: أنه لا يجزئه إلا عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظهار وسائر الكفارات. هذا ظاهر المذهب. وهو قول الحسن ومالك والشافعي وإسحاق وأبي عبيد، وعن أحمد رواية ثانية: أنه يجزىء فيما عدا كفارة القتل من الظهار وغيره عتق رقبة ذمية. وهو قول عطاء والنخعي والثوري وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لأن الله تعالى أطلق الرقبة في هذه الكفارة فوجب أن يجزىء ما تناوله الإطلاق.

ولنا: ما روى معاوية بن الحكم قال: «كانت لي جارية فأتيت النبي ﷺ فقلت: علي رقبة أفأعتقها؟ فقال لها رسول الله ﷺ: أين الله؟ فقالت في السماء فقال: من أنا؟ فقالت أنت رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم: «اعتقها فإنها مؤمنة» أخرجه مسلم والنسائي، فعلل جواز إعتاقها عن الرقبة التي عليه بأنها مؤمنة فدل على أنه لا يجزىء عن الرقبة التي عليه إلا مؤمنة، ولأنه تكفير بعتق فلم يجز إلا مؤمنة ككفارة القتل والمطلق يحمل على المقيد من جهة القياس إذا وجد المعنى فيه ولا بد من تقييده فإنا أجمعنا على أنه لا يجزىء إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً فالتقيد بالسلامة من الكفر أولى.

المسألة الثالثة: أنه لا يجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً لأن المقصود تمليك منافعه ويمكنه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرراً بيناً فلا يجزىء الأعمى لأنه لا يمكنه العمل في أكثر الصنائع ولا المقعد ولا المقطوع اليدين أو الرجلين لأن اليدين آلة البطش فلا يمكنه العمل مع فقدهما والرجلان آلة المشي فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلفهما والشلل كالقطع في هذا، ولا يجزىء المجنون جنوناً مطبقاً لأنه وجد فيه المعنيان ذهاب منفعة الجنس وحصول الضرر بالعمل. وبهذا كله قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وحكي عن داود أنه جوز كل رقبة يقع عليها الاسم أخذاً بإطلاق اللفظ.

ولنا: إن هذا نوع كفارة فلم يجزىء ما يقع عليه الاسم كالإطعام فإنه لا يجزىء أن يطعم مسوساً ولا عفناً وإن كان يسمى طعاماً، والآية مقيدة بما ذكرناه.

فصل: ولا يجزىء مقطوع اليد أو الرجل ولا اشلها ولا مقطوع إبهام اليد أو سبابتها أو الوسطى لأن نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء ولا يجزىء مقطوع الخنصر والبنصر من يد واحدة لأن نفع اليدين يزول أكثره بذلك وإن قطعت كل واحدة من يد جاز لأن نفع الكفين باق وقطع أنملة الإبهام كقطع جميعها فإن نفعها يذهب بذلك لكونها أنملتين. وإن كان من غير الإبهام لم يمنع لأن منفعتها لا تذهب فإنها تصير كالأصابع القصار حتى لو كانت أصابعه كلها غير الإبهام قد قطعت من كل واحدة منها أنملة لم يمنع وإن قطع من الأصبع أنملتان فهو كقطعها لأنه يذهب بمنفعتها وهذا جميعه مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة يجزىء مقطوع إحدى اليدين أو إحدى الرجلين ولو قطعت يده ورجله جميعاً من خلاف أجزأت لأن منفعة الجنس باقية فأجزأت في الكفارة كالأعور. فأما إن قطعتا من وفاق أي من جانب واحد لم يجزىء لأن منفعة الشيء تذهب.

ولنا: إن هذا يؤثر في العمل ويضر ضرراً بيناً فوجب أن يمنع إجزاؤها كما لو قطعتا من وفاق، ويخالف العور فإنه لا يضر ضرراً بيناً، والاعتبار بالضرر أولى من الاعتبار بمنفعة الجنس فإنه لو ذهب شمه أو قطعت أذناه معاً أجزأ مع ذهاب منفعة الجنس. ولا يجزىء الأعرج إذا كان عرجاً كثيراً لا يمنع الأخرى لأنه قليل الضرر.

فصل: ويجزىء الأعور في قولهم جميعاً، وقال أبو بكر فيه قول آخر لا يجزىء لأنه نقص يمنع التضحية والإجزاء في الهدي فأشبه العمى، والصحيح ما ذكرناه. فإن المقصود تكميل الأحكام وتمليك العبد المنافع والعور لا يمنع ذلك ولأنه لا يضر بالعمل فأشبه قطع إحدى الأذنين. ويفارق العمى فإنه يضر بالعمل ضرراً بيناً ويمنع كثيراً من الصنائع ويذهب بمنفعة الجنس، ويفارق قطع إحدى اليدين والرجلين فإنه لا يعمل بإحداهما ما يعمل بهما والأعور يدرك بإحدى العينين ما يدرك بهما، وأما الأضحية والهدي فإنه لا يمنع منهما مجرد العور وإنما يمنع انخساف العين وذهاب العضو المستطاب، ولأن الأضحية يمنع فيها قطع الأذن والقرن والعتق لا يمنع فيه إلا ما يضر بالعمل ويجزىء المقطوع الأذنين، وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك وزفر لا يجزىء لأنها عضوان فيهما الدية أشبها اليدين.

ولنا: إن قطعهما لا يضر بالعمل الضرر البين فلم يمنع كنقص السمع بخلاف قطع اليدين. ويجزىء مقطوع الأنف لذلك، ويجزىء الأصم إذا فهم بالإشارة ويجزىء الأخرس إذا فهمت إشارته وفهم بالإشارة. وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور، وقال أصحاب الرأي لا يجزىء لأن منفعة الجنس ذاهبة. فأشبه زائل العقل وهذا المنصوص عليه عن أحمد لأن الخرس نقص كثير يمنع كثيراً من الأحكام مثل القضاء والشهادة وأكثر الناس لا يفهم إشارته فيتضرر في ترك استعماله، وإن اجتمع الخرس والصمم فقال القاضي: لا يجزىء وهو قول بعض الشافعية لاجتماع النقيضين فيه وذهاب منفعتي الجنس ووجه الاجزاء أن الإشارة تقوم مقام الكلام في الأفهام ويثبت في حقه أكثر الأحكام فيجزىء في العتق كالذي ذهب شمه فأما الذي ذهب شمه فيجزىء لأنه لا يضر بالعمل ولا بغيره.

فأما المريض فإن كان مرجو البرء كالحمى وما أشبهها أجزأ في الكفارة وإن كان غير مرجو الزوال كالسل ونحوه لم يجزىء لأن زواله يندر ولا يتمكن من العمل مع بقائه، وأما نضو الخلق فإن كان يتمكن معه من العمل أجزأ وإلا فلا ويجزىء الأحمق وهو الذي يخطىء على بصير ويصنع الأشياء لغير فائدة ويرى الخطأ صواباً ومن يخنق في الأحيان. والخصي والمجبوب والرتقاء والكبير الذي يقدر على العمل لأن ما لا يضر بالعمل لا يمنع تمليك العبد منافعه وتكميل أحكامه فيحصل الإجزاء به كالسالم من العيوب.

فصل: ويجزىء عتق الجاني والمرهون وعتق المفلس عبده إذا قلنا بصحة عتقهم وعتق المدبر وولد الزنا لكمال العتق فيهم.

فصل: لا يجزىء عتق المغصوب لأنه لا يقدر على تمكينه من منافعه ولا غائب غيبة منقطعة لا يعلم خبره أجزأ لأنه لا يعلم حياته فلا يعلم صحة عتقه وإن لم ينقطع خبره أجزأ عتقه لأنه عتق صحيح، ولا يجزىء عتق الحمل لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا ولذلك لم تجب فطرته ولا يتيقن أيضاً وجوده وحياته ولا عتق أم الولد لأن عتقها مستحق بسبب غير الكفارة والملك فيها غير كامل ولهذا لا يجوز بيعها، وقال طاوس والبتي يجزىء عتقها لأنه عتق صحيح ولا يجزىء عتق مكاتب أدى من كتابته شيئاً وسنذكر هذا في الكفارات إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال: (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين)

أجمع أهل العلم على أن الظاهر إذا لم يجد رقبة أن فرضه صيام شهرين متتابعين وذلك لقول الله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٤] وحديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر وأجمعوا على أن من وجد رقبة فاضلة عن جاجته فليس له الانتقال إلى الصيام وإن كانت له رقبة يحتاج إلى خدمتها لزمن أو كبر أو مرض أو عظم خلق ونحوه مما يعجزه عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته فليس عليه الإعتاق وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي متى وجد رقبة لزمه إعتاقها ولم يجز له الانتقال إلى الصيام سواء كان محتاجاً إليها أو لم يكن، لأن الله تعالى شرط في الانتقال إلى الصيام أن لا يجد رقبة بقوله: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ﴾ [المجادلة: ٤] وهذا واجد وإن وجد ثمنها وهو محتاج إليه لم يلزمه شراؤها وبه قال أبو حنيفة وقال مالك يلزمه لأن وجدان ثمنها كوجدانها.

ولنا: إن ما استغرقته حاجة الإنسان فهو كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البدل كمن وجد ماء يحتاج إليه للعطش يجوز له الانتقال إلى التيمم. وإن كان له خدم وهو ممن يخدم نفسه عادة لزمه إعتاقها لأنه فاضل عن حاجته بخلاف من لم تجر عادته بخدمة نفسه فإن عليه مشقة في إعتاق خادمه وتضييعاً لكثير من حوائجه وإن كان له خادم يخدم امرأته وهي ممن عليه إخدامها أو كان له رقيق يتقوت بخراجهم أو دار يسكنها أو عقار يحتاج إلى غلته لمؤنته أو عرض للتجارة لا يستغني عن ربحه في مؤنته لم يلزمه العتق وإن استغنى عن شيء من ذلك مما يمكنه أن يشتري

به رقبة لزمه لأنه واجد للرقبة وإن كانت له رقبة تخدمه يمكنه بيعها وشراء رقبتين بثمنها يستغني بخدمة إحداهما ويعتق الأخرى لزمه لأنه لا ضرر في ذلك. وهكذا لو كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه في لباسه ورقبة لزمه ذلك، وإن كانت له دار يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه لسكنى مثله ورقبة أو ضيعة يفضل منها عن كفايته ما يمكنه شراء رقبة لزمه ويراعى في ذلك الكفاية التي يحرم معها أخذ الزكاة فإذا فضل عن ذلك شيء وجبت فيه الكفارة. ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على نحو مما قلنا وإن كانت له سرية لم يلزمها إعتاقها لأنه يحتاج إليها وإن أمكنه بيعها وشراء سرية أخرى ورقبة يعتقها لم يلزمه ذلك لأن الفرض قد يتعلق بعينها فلا يقوم غيرها مقامها سيما إذا كان بدون ثمنها.

فصل: فإن كان موسراً حين وجوب الكفارة إلا أن ماله غائب فإن كان مرجو الحضور قريباً لم يجز الانتقال إلى الصيام لأن ذلك بمنزلة الانتظار لشراء الرقبة وإن كان بعيداً لم يجز الانتقال إلى الصيام في غير كفارة الظهار لأنه لا ضرر في الانتظار، وهل يجوز ذلك في كفارة الظهار؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لوجود الأصل في ماله فأشبه سائر الكفارات. **والثاني**: يجوز لأنه يحرم عليه المسيس فجاز له الانتقال لموضع الحاجة، فإن قيل: فلو عدم الماء وثمنه جاز له الانتقال إلى التيمم وإن كان قادراً عليها في بلده. قلنا: الطهارة تجب لأجل الصلاة وليس له تأخيرها عن وقتها فدعت الحاجة إلى الانتقال بخلاف مسألتنا. ولأننا لو منعناه من التيمم لوجود القدرة في بلده بطلت رخصة التيمم فإن كل أحد يقدر على ذلك.

فصل: وإن وجد ثمن الرقبة ولم يجد رقبة يشتريها فله الانتقال إلى الصيام كما لو وجد ثمن الماء ولم يجد ما يشتريه، وإن وجد رقبة تباع بزيادة على ثمن المثل تجحف بماله لم يلزمه شراؤها. لأن فيه ضرراً، وإن كانت لا تجحف بماله احتمل وجهين:

أحدهما: يلزمه لأنه قادر على الرقبة بثمن يقدر عليه لا يجحف به فأشبه ما لو بيعت بثمن مثلها.

الثاني: لا يلزمه لأنه لم يجد رقبة بثمن مثلها أشبه العادم، وأصل الوجهين العادم للماء إذا وجده بزيادة على ثمن مثله فإن وجد رقبته بثمن مثلها إلا رقبة رفيعة يمكن أن يشتري بثمنها رقاباً من غير جنسها لزمه شراؤها لأنها بثمن مثلها ولا يعد شراؤها بذلك الثمن ضرراً وإنما الضرر في إعتاقها وذلك لا يمنع الوجوب كما لو كان مالكاً لها.

مسألة: قال: (فإن أفطر فيها من عذر بنى وإن أفطر من غير عذر ابتدأ)

أجمع أهل العلم على وجوب التتابع في الصيام في كفارة الظهار، وأجمعوا على أن من صام بعض الشهر ثم قطعه لغير عذر وأفطر أن عليه استئناف الشهرين وإنما كان كذلك لورود لفظ الكتاب والسنة به. ومعنى التتابع الموالاة بين صيام أيامها فلا يفطر فيها ولا يصوم غير

الكفارة، ولا يفتقر التتابع إلى نية ويكفي فعله لأنه شرط وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية وإنما تجب النية لأفعالها وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي، والوجه الآخر: أنها واجبة لكل ليلة لأن ضم العبادة إلى العبادة إذا كان شرطاً وجبت النية فيه كالجمع بين الصلاتين والثالث وتكفي نية التتابع في الليلة الأولى.

ولنا: إنه تتابع واجب في العبادة فلم يفتقر إلى نية كالمتابعة بين الركعات، ويفارق الجمع بين الصلاتين، فإن ذلك رخصة فافتقر إلى نية الترخص وما ذكروه ينتقض بالمتابعة بين الركعات، وأجمع أهل العلم على أن الصائمة متتابعاً إذا حاضت قبل إتمامه تقضي إذا طهرت وتبني، وذلك لأن الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين إلا بتأخيره إلى الإياس وفيه تغرير بالصوم لأنها ربما ماتت قبله والنفاس كالحيض في أنه لا يقطع التتابع في أحد الوجهين لأنه بمنزلته في أحكامه ولأن الفطر لا يحصل فيهما بفعلهما وإنما ذلك الزمان كزمان الليل في حقهما. **والوجه الثاني**: أن النفاس يقطع التتابع لأنه فطر أمكن التحرز منه لا يتكرر كل عام فقطع التتابع كالفطر لغير عذر ولا يصح قياسه على الحيض، لأنه أندر منه ويمكن التحرز عنه وإن أفطر لمرض مخوف لم ينقطع التتابع أيضاً، روي ذلك عن ابن عباس وبه قال ابن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وطاوس ومجاهد ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر والشافعي في القديم، وقال في الجديد ينقطع التتابع، وهذا قول سعيد بن جبير والنخعي والحكم والثوري وأصحاب الرأي لأنه أفطر بفعله فلزمه الاستئناف كما لو أفطر لسفر.

ولنا: إنه أفطر لسبب لا صنع له فيه فلم يقطع التتابع كإفطار المرأة للحيض، وما ذكروه من الأصل ممنوع. وإن كان المرض غير مخوف لكنه يبيح الفطر فقال أبو الخطاب: فيه وجهان. **أحدهما**: لا يقطع التتابع لأنه مرض أباح الفطر أشبه المخوف. **والثاني**: يقطع التتابع لأنه أفطر اختياراً فانقطع التتابع كما لو أفطر لغير عذر، فأما الحامل والمرضع فإن أفطرتا خوفاً على أنفسهما فهما كالمريض، وإن أفطرتا خوفاً على ولديهما. ففيهما وجهان. **أحدهما**: لا ينقطع التتابع اختاره أبو الخطاب لأنه فطر أبيح لهما بسبب لا يتعلق باختيارهما فلم ينقطع التتابع كما لو أفطرتا خوفاً على أنفسهما. **والثاني**: ينقطع لأن الخوف على غيرهما ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء، وإن أفطر لجنون أو إغماء لم ينقطع التتابع لأنه عذر لا صنع له فيه كالحيض.

فصل: وإن أفطر لسفر مبيح للفطر فكلام أحمد يحتمل الأمرين. وأظهرهما أنه لا يقطع التتابع فإنه قال في رواية الأثرم: كان السفر غير المرض. وما ينبغي أن يكون أوكد من رمضان، وظاهر هذا أنه لا يقطع التتابع وهذا قول الحسن، ويحتمل أن ينقطع به التتابع وهو قول مالك وأصحاب الرأي، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال فيه قولان كالمرض ومنهم من يقول ينقطع التتابع وجهاً واحداً لأن السفر يحصل باختياره فقطع التتابع كما لو أفطر لغير عذر.

ووجه الأول: أنه فطر لعذر مبيح فقط فلم ينقطع به التتابع كإفطار المرأة بالحيض، وفارق الفطر لغير عذر فإنه لا يباح، وإن أكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع أو أفطر

يظن أن الشمس قد غابت ولم تغب أفطر ويتخرج في انقطاع التتابع وجهان. **أحدهما**: لا ينقطع لأنه فطر لعذر. **والثاني**: يقطع التتابع لأنه بفعل أخطأ فيه فأشبه ما لو ظن أنه قد أتم الشهرين فبان خلافه، وإن أفطر ناسياً لوجوب التتابع أو جاهلاً به ظناً منه أنه قد أتم الشهرين انقطع التتابع لأنه أفطر لجهله فقطع التتابع كما لو ظن أن الواجب شهر واحد، وإن أكره على الأكل أو الشرب بأن أوجر الطعام أو الشراب لم يفطر، وإن أكل خوفاً فقال القاضي لا يفطر ولم يذكر غير ذلك، وفيه وجه آخر أنه يفطر، فعلى ذلك هل يقطع التتابع؟ فيه وجهان. **أحدهما**: لا يقطعه، لأنه عذر مبيح للفطر فأشبه المرض. **والثاني**: ينقطع التتابع وهو مذهب الشافعي لأنه أفطر بفعله لعذر نادر.

فصل: وإن أفطر في أثناء الشهرين لغير عذر أو قطع التتابع بصوم نذر أو قضاء أو تطوع أو كفارة أخرى لزمه استئناف الشهرين لأنه أخل بالتتابع المشروط ويقع صومه عما نواه لأن هذا الزمان ليس بمستحق متعين للكفارة ولهذا يجوز صومها في غيره بخلاف شهر رمضان فإنه متعين لا يصلح لغيره، وإذا كان عليه صوم نذر غير معين أخره إلى فراغه من الكفارة، وإن كان متعيناً في وقت بعينه أخر الكفارة عنه أو قدمها عليه إن أمكن، وإن كان أياماً من كل شهر كيوم الخميس أو أيام البيض قدم الكفارة عليه وقضاه بعدها لأنه لو وفى بنذره لانقطع التتابع ولزمه الاستئناف فيفضي إلى أن لا يتمكن من التكفير والنذر يمكن قضاؤه فيكون هذا عذراً في تأخيره كالمريض.

مسألة: قال: (وإن أصابها في ليالي الصوم أفسد ما مضى من صيامه وابتدأ الشهرين)

وبهذا قال مالك والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي لأن الله تعالى قال: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٤] فأمر بهما خاليين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كما لو وطىء نهاراً ولأنه تحريم للوطء ولا يختص النهار فاستوى فيه الليل والنهار كالاعتكاف، وروى الأثرم عن أحمد أن التتابع لا ينقطع بهذا ويبني. وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لأنه وطء لا يبطل الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها، ولأن التتابع في الصيام عبارة عن اتباع صوم يوم للذي قبله من غير فارق وهذا متحقق وإن وطىء ليلاً، وارتكاب النهي في الوطء قبل إتمامه إذا لم يخل بالتتابع المشترط لا يمنع صحته وإجزاءه كما لو وطىء قبل الشهرين أو وطىء ليلة أول الشهرين وأصبح صائماً والإتيان بالصيام قبل التماس في حق هذا لا سبيل إليه سواء بنى أو استأنف.

وإن وطئها أو وطىء غيرها في نهار الشهرين عامداً أفطر وانقطع التتابع إجماعاً إذا كان غير معذور، وإن وطئها أو وطىء غيرها نهاراً ناسياً أفطر وانقطع التتابع في إحدى الروايتين لأن الوطء لا يعذر فيه بالنسيان، وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يفطر ولا ينقطع التتابع. وهو قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لأنه فعل المفطر ناسياً. أشبه ما لو أكل ناسياً وإن أبيح له الفطر

لعذر فوطيء غيرها نهاراً لم ينقطع التتابع لأن الوطء لا أثر له في قطع التتابع. وإن وطئها كان كوطئها ليلاً هل ينقطع التتابع؟ على وجهين، وإن وطىء غيرها ليلاً لم ينقطع التتابع لأن ذلك ليس بمحرم عليه ولا هو مخل باتباع الصوم فلم ينقطع التتابع كالأكل ليلاً، وليس في هذا اختلاف نعلمه، وإن لمس المظاهر منها أو باشرها دون الفرج على وجه يفطر به قطع التتابع لإخلاله بموالاة الصيام وإلا فلا ينقطع والله أعلم

مسألة: قال: (فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً)

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصيام أن فرضه إطعام ستين مسكيناً على ما أمر الله تعالى في كتابه، وجاء في سنة نبيه ﷺ سواء عجز عن الصيام لكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه أو الزيادة فيه أو الشبق فلا يصبر فيه عن الجماع فإن أوس بن الصامت لما أمره رسول الله ﷺ بالصيام قالت امرأته: «يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام، قال فليطعم ستين مسكيناً» ولما أمر سلمة بن صخر بالصيام قال: «وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟ قال: «فأطعم» فنقله إلى الإطعام لما أخبر أنه به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام، وقسنا على هذين ما يشبههما في معناهما، ويجوز أن ينتقل إلى الإطعام إذا عجز عن الصيام للمرض وإن كان مرجو الزوال لدخوله في قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ [المجادلة: ٤] ولأنه لا يعلم أن له نهاية فأشبه الشبق. ولا يجوز أن ينتقل لأجل السفر لأن السفر لا يعجزه عن الصيام، وله نهاية ينتهي إليها وهو من أفعاله الاختيارية، والواجب في الإطعام إطعام ستين مسكيناً، لا يجزئه أقل من ذلك وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة لو أطعم مسكيناً واحداً في ستين يوماً أجزأه، وحكاه القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد لأن هذا المسكين لم يستوف قوت يومه من هذه الكفارة، فجاز أن يعطى منها كاليوم الأول.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ وهذا لم يطعم إلا واحداً فلم يمتثل الأمر ولأنه لم يطعم ستين مسكيناً، فلم يجزئه كما لو دفعها إليه في يوم واحد ولأنه لو جاز الدفع إليه في أيام لجاز في يوم واحد كالزكاة وصدقة الفطر، يحقق هذا أن الله أمر بعدد المساكين لا بعدد الأيام، وقائل هذا يعتبر عدد الأيام دون عدد المساكين. والمعنى في اليوم الأول أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه منها وأخذ منها قوت يوم فلم يجز أن يدفع إليه في اليوم الثاني كما لو أوصى إنسان بشيء لستين مسكيناً.

مسألة: قال: (لكل مسكين مد من بر أو نصف صاع من تمر أو شعير)

وجملة الأمر: أن قدر الطعام في الكفارات كلها مد من بر لكل مسكين أو نصف صاع من تمر أو شعير، وممن قال مد بر: زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر، حكاه عنهم الإمام ورواه عنهم الأثرم، وعن عطاء وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار أدركت الناس إذا ا في كفارة اليمين مداً من حنطة بالمد الأصغر مد النبي ﷺ، وقال أبو هريرة يطعم مداً من

أي الأنواع كان، وبهذا قال عطاء والأوزاعي والشافعي لما روى أبو داود بإسناده عن عطاء عن أوس ابن أخي عبادة بن الصامت، أن النبي ﷺ أعطاه ـ يعني المظاهر ـ خمسة عشر صاعاً من شعير إطعام ستين مسكينا. وروى الأثرم بإسناده عن أبي هريرة في حديث المجامع في رمضان: «أن النبي ﷺ أتي بعرق فيه خمسة عشر صاعاً فقال: خذه وتصدق به» وإذا ثبت في المجامع بالخبر ثبت في المظاهر بالقياس عليه ولأنه إطعام واجب فلم يختلف باختلاف أنواع المخرج كالفطرة وفدية الأذى وقال مالك لكل مسكين مدان من جميع الأنواع وممن قال مدان من قمح مجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي لأنها كفارة تشتمل على صيام وإطعام فكان لكل مسكين نصف صاع كفدية الأذى، وقال الثوري وأصحاب الرأي من القمح مدان ومن التمر والشعير صاع لكل مسكين لقول النبي ﷺ في حديث سلمة بن صخر: «فأطعم وسقاً من تمر» رواه الإمام أحمد في المسند وأبو داود في غيرهما وروى الخلال بإسناده عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خويلة فقال لي رسول الله ﷺ: «فليطعم ستين مسكيناً وسقاً من تمر» وفي رواية أبي داود «والعرق ستون صاعاً» وروى ابن ماجة بإسناده عن ابن عباس قال: «كفر رسول الله ﷺ بصاع من تمر وأمر الناس: فمن لم يجد فنصف صاع من بر» وروى الأثرم بإسناده عن عمر رضي الله عنه قال: «أطعم عني صاعاً من تمر أو شعير أو نصف صاع من بر» ولأنه إطعام للمساكين فكان صاعاً من التمر والشعير أو نصف صاع من بر كصدقة الفطر.

ولنا: ما روى الإمام أحمد ثنا إسماعيل ثنا أيوب عن أبي يزيد المدني قال: «جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير، فقال النبي ﷺ للمظاهر: أطعم هذا فإن مدي شعير مكان مد بر» وهذا نص، ويدل على أنه مد بر: أنه قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان إجماعاً، وعلى أنه نصف صاع من التمر والشعير ما روى عطاء بن يسار أن رسول الله ﷺ قال لخولة امرأة أوس بن الصامت «اذهبي إلى فلان الأنصاري فإن عنده شطر وسق من تمر أخبرني أنه يريد أن يتصدق به فلتأخذيه فليتصدق به على ستين مسكيناً» وفي حديث أوس بن الصامت أن النبي ﷺ قال: «إني سأعينه بعرق من تمر. قلت يا رسول الله فإني سأعينه بعرق آخر. قال: قد أحسنت، اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك» وروى أبو داود بإسناده عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال: «العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعاً» فعرقان يكونان ثلاثين صاعاً لكل مسكين نصف صاع ولأنها كفارة تشتمل على صيام وإطعام فكان لكل مسكين نصف صاع من التمر والشعير كفدية الأذى. فأما رواية أبي داود «أن العرق ستون صاعاً» فقد ضعفها وقال غيرها أصح منها، وفي الحديث ما يدل على الضعف لأن ذلك في سياق قوله: «إني سأعينه بعرق، فقالت امرأته: إني سأعينه بعرق آخر قال: فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً» فلو كان العرق ستين صاعاً لكانت الكفارة مائة وعشرين صاعاً ولا قائل به.

وأما الحديث المجامع الذي أعطاه خمسة عشر صاعاً فقال: «تصدق به» فيحتمل أنه اقتصر عليه إذا لم يجد سواه، ولذلك لما أخبره بحاجته إليه أمره بأكله. وفي الحديث المتفق عليه

«قريب من عشرين صاعاً وليس ذلك مـذهباً لأحمـد فيدل عـلى أنه اقتصر عـلى البعض الذي لم يجد سواه. وحديث أوس ابن أخي عبادة مرسل يرويه عنه عطاء ولم يـدركه، عـلى أنه حجـة لنا لأن النبي ﷺ أعطاه عرقاً وأعانته امرأته بآخر فصارا جميعاً ثلاثين صاعاً. وسائر الأخبار نجمـع بينها وبين أخبارنا بحملهـا على الجـواز وأخبارنـا على الإجزاء، وقد عضـد هذا أن ابن عبـاس راوي بعضها ومذهبه أن المد من البر يجزىء وكذلك أبو هريرة وسائـر ما ذكـرنا من الأخبـار مع الإجماع الذي نقله سليمان بن يسار و الله أعلم.

فصل: ويبقي الكلام في الإطعام في أمور ثلاثة: كيفيته، وجنس الـطعام، ومستحقـه. فأما كيفيته فظاهـر المذهب أن الـواجب تمليك كـل إنسان من المسـاكين القـدر الواجب لـه من الكفارة ولو غدى المساكين أو عشاهـم لم يجزئه سواء فعل ذلك بالقدر الواجب أو أقل أو أكثر ولو غدى كل واحد بمد لم يجزئه إلا أن يملكه إياه. وهذا مذهب الشـافعي. وعن أحمد روايـة أخرى أنه يجزئه إذا أطعمهم القدر الواجب لهم، وهو قول النخعي وأبي حنيفة، وأطعم أنس في فـدية الصيام، قال أحمد أطعم شيئاً كثيراً وصنع الجفان، وذكر حـديث حماد بن سلمـة عن ثابت عن أنس وذلك لقول الله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ وهذا قد أطعمهم فينبغي أن يجزئه ولأنـه أطعم المساكين فأجزأه كما لو ملكهم.

ولنا: إن المنقول عن الصحابة إعطاؤهم ففي قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة مـد لكل فقـير. وقال النبي ﷺ لكعب في فـدية الأذى: «أطعم ثـلاثة آصـع من تمر بـين ستـة مساكين» ولأنه مال وجب للفقراء شرعاً فوجب تمليكهم إياه كالزكاة. فإن قلنا: يجزىء اشـترط أن يغديهم بستين مداً فصاعداً ليكون قد أطعمهم قدر الواجب، وإن قلنا لا يجـزئه أن يغـديهم فقدم إليهم ستين مداً وقال هذا بينكم بالسوية فقبلوه أجـزأ لأنه ملكهم التصرف فيـه والانتفاع قبل القسمة. وهذا ظاهر مذهب الشافعي.

وقال أبو عبد الله بن حامد يجزئه وإن لم يقل بالسوية لأن قوله خذوها عن كفارتي يقتضي التسوية لأن ذلك حكمها، وقال القاضي إن علم أنه وصل إلى كـل واحد قـدر حقه أجـزأ إن لم يعلم لم يجزئه لأن الأصل شغل ذمته ما لم يعلم وصول الحق إلى مستحقه. ووجه الأول أنه دفـع الحق إلى مستحقه مشاعاً فقبلوه فبرىء منه كديون غرمائه.

فصل: ولا يجب التتابع في الإطعام نص عليه أحمد في رواية الأثرم وقيـل له تكـون عليه كفارة يمين فيطعم اليوم واحداً وآخر بعـد أيام وآخـر بعد حتى يستكمـل عشرة؟ فلم ير بـذلك بأساً، وذلك لأن الله تعالى لم يشترط التتابع فيه، ولـو وطىء في أثناء الإطعـام لم تلزمه إعـادة ما مضى منه. وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك ستأنف لأنـه وطىء في أثناء كفـارة الظهـار فوجب الاستئناف كالصيام.

ولنا: إنه وطىء في أثناء ما لا يشترط التتابع فيه فلم يوجب الاستئناف كوطء غير المظاهر منها أو كالوطء في كفارة اليمين وبهذا فارق الصيام.

مسألة: قال: (ولو أعطى مسكيناً مدين من كفارتين في يوم واحد أجزأ في إحدى الروايتين)

وهذا مذهب الشافعي لأنه دفع القدر الواجب إلى العدد الواجب فأجزأ كما لو دفع إليه المدين في يومين. **والأخرى**: لا يجزئه وهو قول أبي حنيفة لأنه استوفى قوت يوم من كفارة فلم يجزئه الدفع إليه ثانياً في يومه كما لو دفعهما إليه من كفارة واحدة. فعلى هذه الرواية يجزئه عن إحدى الكفارتين وهل له الرجوع في الأخرى؟ ينظر فإذا كان أعلمه أنها عن كفارة فله الرجوع وإلا فلا ويتخرج أن لا يرجع بشيء على ما ذكرناه في الزكاة. والرواية الأولى أقيس وأصح فإن اعتبار عدد المساكين أولى من اعتبار عدد الأيام، ولو دفع إليه ذلك في يومين أجزأ، ولأنه لو كان الدافع اثنين أجزأ عنهما فكذلك إذا كان الدافع واحداً، ولو دفع ستين مداً إلى ثلاثين فقيراً من كفارة واحدة أجزأه من ذلك ثلاثون ويطعم ثلاثين آخرين، وإن دفع الستين من كفارتين أجزأه ذلك على إحدى الروايتين ولا يجزىء في الأخرى عن إلا ثلاثين.

والأمر الثاني: أن المجزىء في الإطعام ما يجزىء في الفطرة وهو البر والشعير والتمر والزبيب سواء كانت قوية أو لم تكن وما عداها فقال القاضي لا يجزىء إخراجه سواء كان قوت بلده أو لم يكن لأن الخبر ورد بإخراج هذه الأصناف على ما جاء في الأحاديث التي رويناها، ولأنه الجنس المخرج في الفطرة فلم يجزىء غيره كما لو لم يكن قوت بلده، وقال أبو الخطاب عندي أنه يجزئه الإخراج من جميع الحبوب التي هي قوت بلده كالذرة والدخن والأرز لأن الله تعالى قال: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] وهذا مما يطعمه أهله فوجب أن يجزئه بظاهر النص، وهذا مذهب الشافعي فإن أخرج غير قوت بلده أجود منه فقد زاد خيراً، وإن كان أنقص لم يجزئه وهذا أجود.

فصل: والأفضل عند أبي عبد الله إخراج الحب لأنه يخرج به من الخلاف وهي حالة كماله يدخر فيها ويتهيأ لمنافعه كلها بخلاف غيره فإن أخرج دقيقاً جاز لكن يزيد على قدر المد قدراً يبلغ المد حباً أو يخرجه بالوزن لأن للحب ريعاً فيكون في مكيال الحب أكثر مما في مكيال الدقيق.

قال الأثرم قيل لأبي عبدالله فيعطي البر والدقيق؟ فقال أما الذي جاء فالبر ولكن إن أعطاهم الدقيق بالوزن جاز، وقال الشافعي لايجزىء لأنه ليس بحال الكمال لأجل ما يفوت به من وجوه الانتفاع فلم يجز كالهريسة.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] والدقيق من أوسط ما يطعمه أهله ولأن الدقيق أجزأ الحنطة وقد كفاهم مؤنته وطحنه وهيأه وقربه من الأكل وفارق الهريسة فإنها تتلف على قرب ولا يمكن الانتفاع بها في غير الأكل في تلك الحال بخلاف مسألتنا وعن أحمد في إخراج الخبز روايتان. **إحداهما**: يجزىء اختارها الخرقي ونص عليه أحمد في رواية الأثرم، فإنه قال قلت لأبي عبد الله رجل أخذ ثلاثة

عشر رطلاً وثلثاً دقيقاً وهو كفارة اليمين فخبزه للمساكين وقسم الخبز على عشرة مساكين أيجزئه ذلك؟ قال ذلك أعجب إلي وهو الذي جاء فيه الحديث أن يطعمهم مد بر، وهذا إن فعل فأرجو أن يجزئه قلت إنما قال الله فإطعام عشرة مساكين فهذا قد أطعم عشرة مساكين وأوفاهم المد، قال أرجو أن يجزئه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، ونقل الأثرم في موضع آخر أن أحمد سأله رجل عن الكفارة قال أطعمهم خبزاً وتمراً قال ليس فيه تمر قال فخبز، قال لا ولكن براً أو دقيقاً بالوزن رطل وثلث لكل مسكين، فظاهر هذا أنه لا يجزئه وهو مذهب الشافعي لأنه خرج عن حالة الكيال والادخار فأشبه الهريسة، والأول أحسن لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] وهذا من أوسط ما يطعم أهله وليس الادخار مقصوداً في الكفارة فإنها مقدرة بما يقوت المسكين في يومه فيدل ذلك على أن المقصود كفايته في يومه وهذا قد هيأه للأكل المعتاد للاقتيات وكفاهم مؤنته فأشبه ما لو نقى الحنطة وغسلها.

وأما الهريسة والكبولا ونحوهما فلا يجزىء لأنهما خرجا عن الاقتيات المعتاد إلى حيز الإدام. وأما السويق فالصحيح أنه لا يجزىء لذلك، ويحتمل أن يجزىء لأنه يقتات في بعض البلدان ولا يجزئه من الخبز والسويق أقل من شيء يعمل من مد فإن أخذ مد حنطة أو رطلاً وثلثاً من الدقيق وصنعه خبزاً أجزأه، وقال الخرقي يجزئه رطلان.

قال القاضي: المد يجيء منه رطلان وذلك لأن الغالب أن رطلين من الخبز لا تكون إلا من مد وذلك بالرطل الدمشقي خمس أواق وأقل من خمس أوقية وهذا في البر، فأما إن كان المخرج من الشعير فلا يجزئه إلا ضعف ذلك على ما قررناه.

فصل: ولا تجزىء القيمة في الكفارة نقلها الميموني والأثرم وهو مذهب الشافعي وخرج بعض أصحابنا من كلام أحمد رواية أخرى أنه يجزئه وهو ما روى الأثرم أن رجلاً سأل أحمد قال أعطيت في كفارة خمسة دوانيق؟ فقال لو استشرتني قبل أن تعطي لم أشر عليك ولكن أعط ما بقي من الأثمان على ما قلت لك وسكت عن الذي أعطي، وهذا ليس برواية وإنما سكت عن الذي أعطي مختلف فيه فلم ير التضييق عليه فيه.

الأمر الثالث: إن مستحق الكفارة هم المساكين الذين يعطون من الزكاة لقول الله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ [المجادلة: ٤] والفقراء يدخلون فيهم لأن فيهم المسكنة وزيادة ولا خلاف في هذا، فأما الأغنياء فلا حق لهم في الكفارة سواء كانوا من أصناف الزكاة كالغزاة والمؤلفة أو لم يكونوا، لأن الله تعالى خص بها المساكين، واختلف أصحابنا في المكاتب فقال القاضي في المجرد وأبو الخطاب في الهداية: لا يجوز دفعها إليه، وهو مذهب الشافعي. وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في مسائلهما يجوز الدفع إليه، وهو مذهب أبي حنيفة وأبي ثور لأنه يأخذ من الزكاة لحاجته فأشبه المسكين.

ووجه الأولى: أن الله تعالى خص بها المساكين، والمكاتبون صنف آخر فلم يجز الدفع

إليهم كالغزاة والمؤلفة، ولأن الكفارة قدرت بقوت يوم لكل مسكين وصرفت إلى من يحتاج إليها للاقتيات، والمكاتب لا يأخذ لذلك فلا يكون في معنى المسكين، ويفارق الزكاة، فإن الأغنياء يأخذون منها وهم الغزاة والعاملون عليها والمؤلفة والغارمون، ولأنه غني بكسبه أو بسيده فأشبه العامل، ولا خلاف بينهم في أنه لا يجوز دفعها إلى عبد لأن نفقته واجبة على سيده وليس هو من أصناف الزكاة، ولا إلى أم ولد لأنها أمة نفقتها على سيدها وكسبها له، ولا إلى من تلزمه نفقته، قد ذكرنا ذلك في الزكاة وفي دفعها إلى الزوج وجهان بناء على دفع الزكاة إليه.

ولا يجوز دفعها إلى كافر، وبهذا قال الشافعي وخرج أبو الخطاب وجهاً في إعطائهم بناء على الرواية في إعتاقهم وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] وأطلق فيدخلون في الإطلاق.

ولنا: إنه كافر فلم يجز الدفع إليه كمساكين أهل الحرب وقد سلمه أصحاب الرأي والآية مخصوصة بأهل الحرب فنقيس عليهم سائر الكفار، ويجوز صرفها إلى الصغير والكبير إن كان ممن يأكل الطعام وإذا صرفه إلى الصغير فإنه يدفعه إلى وليه يقبض له فإن الصغير لا يصح منه القبض، فأما من يأكل الطعام فظاهر كلام الخرقي أنه لا يجوز الدفع إليه لأنه لا يأكله فيكون بمنزلة دفع القيمة. وقال أبو الخطاب يجزىء لأنه مسكين يدفع إليه من الزكاة فأشبه الكبير، وإذا قلنا يجوز الدفع إلى المكاتب جاز للسيد الدفع من كفارته إلى مكاتبه لأنه يجوز أن يدفع إليه من زكاته.

فصل: ويجوز دفع الكفارة إلى من ظاهره الفقر فإن بان غنياً فهل تجزئه؟ فيه وجهان بناء على الروايتين في الزكاة وإن بان كافراً أو عبداً لم يجزئه وجهاً واحداً.

مسألة: قال: (ومن ابتدأ صوم الظهار من أول شعبان أفطر يوم الفطر وبنى، وكذلك إن ابتدأ من أول ذي الحجة أفطر يوم النحر وأيام التشريق وبنى على ما مضى من صيامه)

وجملة ذلك: أنه إذا تخلل صوم الظهار زمان لا يصح صومه عن الكفارة مثل أن يبتدىء الصوم من أول شعبان فيتخلله رمضان ويوم الفطر أو يبتدىء من ذي الحجة فيتخلله يوم النحر وأيام التشريق فإن التتابع لا ينقطع بهذا ويبني على ما مضى من صيامه، وقال الشافعي ينقطع التتابع ويلزمه الاستئناف لأنه أفطر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه فأشبه إذا أفطر بغير ذلك أو صام عن نذر أو كفارة أخرى.

ولنا: إنه زمن منعه الشرع عن صومه في الكفارة فلم يقطع التتابع كالحيض والنفاس، فإن قال والحيض والنفاس غير ممكن التحرز منه. قلنا: قد يمكن التحرز من النفاس بأن لا تبتدىء الصوم في حال الحمل ومن الحيض إذا كان طهرها يزيد على الشهرين بأن تبتدىء الصوم عقيب طهرها من الحيضة ومع هذا فإنه لا ينقطع التتابع به، ولا يجوز للمأموم مفارقة

إمامه لغير عذر ويجوز أن يدخل معه المسبوق في أثناء الصلاة مع علمه بلزوم مفارقته قبل إتمامها، ويتخرج في أيام التشريق رواية أخرى أنه يصومها عن الكفارة ولا يفطر إلا يوم النحر وحده، فعلى هذا إن أفطرها استأنف لأنها أيام أمكنه صيامها في الكفارة ففطرها يقطع التتابع كغيرها إذا ثبت هذا فإنه إن ابتدء الصوم من أول شعبان أجزأه صوم شعبان عن شهر ناقصاً كان أو تاماً، وأما شوال فلا يجوز أن يبدأ به من أوله لأن أوله يوم الفطر وصومه حرام فيشرع في صومه من اليوم الثاني ويتمم شهراً بالعدد ثلاثين يوماً، وإن بدأ من أول ذي الحجة إلى آخر المحرم قضى أربعة أيام وأجزأه لأنه بدأ بالشهرين من أولها، ولو ابتدأ صوم الشهرين من يوم الفطر لم يصح صوم يوم الفطر وصح صوم بقية الشهر وصوم ذي القعدة ويحتسب له بذي القعدة ناقصاً كان أو تاماً لأنه بدأه من أوله، وأما شوال فإن كان تاماً صام يوماً من ذي الحجة مكان يوم الفطر وأجزأه، وإن كان ناقصاً صام من ذي الحجة يومين لأنه لم يبدأه من أوله، وإن بدأ بالصيام من أول أيام التشريق وقلنا يصح صومها عن الفرض فإنه يحتسب له بالمحرم ويكمل صوم ذي الحجة بتمام ثلاثين يوماً من صفر، وإن قلنا لا يصح صومها عن الفرض صام مكانها من صفر.

فصل: ويجوز أن يبتدىء صوم الشهرين من أول شهر ومن أثنائه لا نعلم في هذا خلافاً، لأن الشهر اسم لما بين الهلالين ولثلاثين يوماً، فأيهما صام فقد أدى الواجب، فإن بدأ من أول شهر فصام شهرين بالأهلة أجزأه ذلك تامين كانا أو ناقصين إجماعاً، وبهذا قال الثوري وأهل العراق ومالك في أهل الحجاز والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لأن الله تعالى قال: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢] وهذان شهران متتابعان، وإن بدأ من أثناء شهر فصام ستين يوماً أجزأه بغير خلاف أيضاً. قال ابن المنذر أجمع على هذا من نحفظ عنه من أهل العلم، فأما إن صام شهراً بالهلال وشهراً بالعدد فصام خمسة عشر يوماً من المحرم وصفر جميعه وخمسة عشر يوماً من ربيع فإنه يجزئه سواء كان صفر تاماً أو ناقصاً لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلة لكن تركناه في الشهر الذي بدأ من وسطه لتعذره ففي الشهر الذي أمكن اعتباره يجب أن يعتبر وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ويتوجه أن يقال لا يجزئه إلا شهران بالعدد لأننا لما ضممنا إلى خمسة عشر من المحرم خمسة عشر من صفر فصار ذلك شهراً صام ابتداء صوم الشهر الثاني من أثناء شهر أيضاً وهذا قول الزهري.

فصل: فإن نوى صوم شهر رمضان عن الكفارة لم يجزئه عن رمضان ولا عن الكفارة وانقطع التتابع حاضراً كان أو مسافراً لأنه تخلل صوم الكفارة فطر غير مشروع، وقال مجاهد وطاوس يجزئه عنهما. وقال أبو حنيفة إن كان حاضراً أجزأه عن رمضان دون الكفارة لأن تعيين النية غير مشترط لرمضان وإن كان في سفر أجزأه عن الكفارة دون رمضان، وقال صاحباه يجزىء عن رمضان دون الكفارة سفراً وحضراً.

ولنا: إن رمضان متعين لصومه محرم صومه عن غيره فلم يجزئه عن غيره كيومي العيدين، ولا يجزىء عن رمضان لأن النبي ﷺ قال: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لامرىء ما نوى»

وهذا ما نوى رمضان فلا يجزئه ولا فرق بين الحضر والسفر، لأن الزمان متعين وإنما جاز فطره في السفر رخصة فإذا تكلف وصام رجع إلى الأصل فإن سافر في رمضان المتخلل لصوم الكفارة وأفطر لم ينقطع التتابع لأنه زمن لا يستحق صومه عن الكفارة فلم ينقطع التتابع بفطره كالليل.

مسألة: قال: (وإذا كان المظاهر عبداً لم يكفر إلا بالصيام وإذا صام فلا تجزئه إلا شهران متتابعان)

قد ذكرنا أن ظهار العبد صحيح وكفارته بالصيام لأن الله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢] والعبد لا يستطيع الإعتاق فهو كالحر المعسر وأسوأ منه حالاً وظاهر كلام الخرقي أنه لا يجزئه غير الصيام سواء أذن له سيده في التكفير بالعتق أو لم يأذن وحكي هذا عن الحسن وأبي حنيفة والشافعي، وعن أحمد رواية أخرى إن أذن له سيده في التكفير بالمال جاز وهو مذهب الأوزاعي وأبي ثور لأنه بإذن سيده يصير قادراً على التكفير بالمال فجاز له ذلك كالحر، وعلى هذه الرواية يجوز له التكفير بالإطعام عند العجز عن الصيام وهل له العتق: على روايتين.

إحداهما: وحكي هذا عن مالك وقال أرجو أن يجزئه الإطعام وأنكر ذلك ابن القاسم صاحبه وقال لا يجزئه إلا الصيام، وذلك لأن العتق يقتضي الولاء والولاية والإرث وليس ذلك للعبد.

والرواية الثانية: له العتق وهو قول الأوزاعي واختارها أبو بكر لأن من صح تكفيره بالإطعام صح بالعتق ولا يمتنع صحة العتق مع انتفاء الإرث كما لو اعتق من يخالفه في دينه ولأن المقصود بالعتق إسقاط الملكية عن العبد وتمليكه نفع نفسه وخلوصه من ضرر الرق وما يحصل من توابع ذلك ليس هو المقصود فلا يمنع من صحته ما يحصل منه المقصود لامتناع بعض توابعه.

ووجه الأولى: أن العبد مال لا يملك المال فيقع تكفيره بالمال بمال غيره. فلم يجزئه كما لو أعتق عبد غيره من كفارته، وعلى كلتا الروايتين لا يلزمه التكفير بالمال وإن أذن له سيده فيه لأن فرضه الصيام فلم يلزمه غيره كما لو أذن موسر لحر معسر في التكفير من ماله وإن كان عاجزاً عن الصيام فأذن له سيده في التكفير بما شاء من العتق والإطعام فإن له التكفير بالإطعام لأن لا يلزمه الإعتاق مع قدرته على الصيام لا يلزمه مع عجزه عنه كالحر المعسر، ولأن عليه ضرراً في التزام المنة الكبيرة في قبول الرقبة ولا يلزم مثل ذلك في الطعام لقلة المنة فيه، وهذا فيما إذا أذن له سيده في التكفير قبل العود فإن عاد وجبت الكفارة في ذمته ثم أذن له سيده في التكفير انبني مع ذلك على أصل آخر وهو أن التكفير هل هو معتبر بحالة الوجوب أو بأغلظ الأحوال؟ وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى، وعلى كل حال فإذا صام لا يجزئه إلا شهران متتابعان لدخوله في عموم قوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢] ولأنه صوم في كفارة فاستوى فيه الحر والعبد ككفارة اليمين، وبهذا قال الحسن والشعبي والنخعي والزهري والشافعي وإسحاق

ولا نعلم لهم مخالفاً إلا ما روي عن عطاء أنه لو صام شهراً أجزأه وقاله النخعي ثم رجع عنه إلى قول الجماعة.

فصل: والاعتبار في الكفارة بحالة الوجوب في أظهر الروايتين وهو ظاهر كلام الخرقي لأنه قال إذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لا يجزئه غيره وكذلك قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن عبد حلف على يمين فحنث فيها وهو عبد فلم يكفر حتى عتق أيكفر كفارة حر أو كفارة عبد؟ قال يكفر كفارة عبد لأنه إنما يكفر ما وجب عليه يوم حنث لا يوم حلف، قلت له حلف وهو عبد وحنث وهو حر؟ قال يوم حنث واحتج فقال افترى وهو عبد أي أعتق، فإنما يجلد جلد العبد هو أحد أقوال الشافعي، فعلى هذه الرواية يعتبر يساره وإعساره حال وجوبها عليه فإن كان موسراً حال الوجوب استقر وجوب الرقبة عليه فلم يسقط بإعساره بعد ذلك، وإن كان معسراً ففرضه الصوم فإذا أيسر بعد ذلك لم يلزمه الانتقال إلى الرقبة.

والرواية الثانية: الاعتبار بأغلظ الأحوال من حين الوجوب إلى حين التكفير فمتى وجد رقبة فيما بين الوجوب إلى حين التكفير لم يجزئه إلا الإعتاق وهذا قول ثان للشافعي لأنه حق يجب في الذمة بوجود مال فاعتبر فيه أغلظ الحالين كالحج وله قول ثالث أن الاعتبار بحالة الأداء. وهو قول أبي حنيفة ومالك لأنه حق له بدل من غير جنسه فكان الاعتبار فيه بحالة الأداء كالوضوء.

ولنا: إن الكفارة تجب على وجه الطهرة فكان الاعتبار فيها بحالة الوجوب كالحد أو نقول من وجب عليه الصيام في الكفارة لم يلزمه غيره كالعبد إذا أعتق ويفارق الوضوء فإنه لو تيمم ثم وجد الماء بطل تيممه وها هنا لو صام ثم قدر على الرقبة لم يبطل صومه وليس الاعتبار في الوضوء بحالة الأداء فإن أداءه فعله وليس الاعتبار به وإنما الاعتبار بأداء الصلاة وهي غير الوضوء، وأما الحج فهو عبادة العمر وجميعه وقت لها فمتى قدر عليه في جزء من وقته وجب بخلاف مسألتنا ثم يبطل ما ذكروه بالعبد إذا أعتق فإنه لا يلزمه الانتقال إلى العتق مع ما ذكروه فإن قيل: العبد لم يكن ممن تجب عليه الرقبة ولا تجزئه فلما لم يجزئه الزيادة لم تلزمه بتغير الحال بخلاف مسألتنا. قلنا هذا لا أثر له.

إذا ثبت هذا فإنه إذا أيسر فأحب أن ينتقل إلى الإعتاق جاز له في ظاهر كلام الخرقي فإنه قال ومن دخل في الصوم ثم قدر على الهدي لم يكن عليه الخروج إلا أن يشاء وهذا يدل على أنه إذا شاء فله الانتقال إليه ويجزئه إلا أن يكون الحانث عبداً فليس له إلا الصوم وإن عتق وهو قول الشافعي على القول الذي توافقنا فيه وذلك لأن العتق هو الأصل فوجب أن يجزئه كسائر الأصول، فأما إن استمر به العجز حتى شرع في الصيام لم يلزمه الانتقال إلى العتق بغير خلاف في المذهب وهو مذهب الشعبي وقتادة ومالك والأوزاعي والليث والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وهو أحد قولي الحسن، وذهب ابن سيرين وعطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وأبو عبيد

وأصحاب الرأي إلى أنه يلزمه العتق لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل فلزمه العود إليه كالمتيمم يجد الماء قبل الصلاة أو في أثنائها.

ولنا: إنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام فلم يسقط عنه كما لو استمر العجز إلى بعد الفراغ ولا يشبه الوضوء فإنه لو وجد الماء بعد التيمم بطل وها هنا بخلافه ولأنه وجد المبدل بعد الشروع في صوم البدل فلم يلزمه الانتقال إليه كالمتمتع يجد الهدي بعد الشروع في صيام السبعة.

فصل: إذا قلنا: الاعتبار بحالة الوجوب فوقته في الظهار زمن العود لا وقت المظاهرة لأن الكفارة لا تجب حتى يعود وقته في اليمين زمن الحنث لا وقت اليمين وفي القتل زمن الزهوق لا زمن الجرح، وتقديم الكفارة قبل الوجوب تعجيل لها قبل وجوبها لوجود سببها كتعجيل الزكاة قبل الحول وبعد وجود النصاب.

فصل: فإذا كان المظاهر ذمياً فتكفيره بالعتق أو الإطعام لأنه يصح منه في غير الكفارة فصح منه فيها ولا يجوز بالصيام لأنه عبادة محضة والكافر ليس من أهلها ولأنه لا يصح منه في غير الكفارة فلا يصح منه فيها، ولا يجزئه في العتق إلا عتق رقبة مؤمنة فإن كانت في ملكه أو ورثها أجزأت عنه وإن لم يكن كذلك فلا سبيل له إلى شراء رقبة مؤمنة لأن الكافر لا يصح منه شراء المسلم. ويتعين تكفيره بالإطعام إلا أن يقول لمسلم أعتق عبدك عن كفارتي وعليّ ثمنه فيصح في إحدى الروايتين، وإن أسلم الذمي قبل التكفير بالإطعام فحكمه حكم العبد يعتق قبل التكفير بالصيام على ما مضى لأنه في معناه، وإن ظاهر وهو مسلم ثم ارتد فصام في ردته عن كفارته لم يصح وإن كفر بعتق أو إطعام فقد أطلق أحمد القول أنه لا يجزئه. وقال القاضي: المذهب أن ذلك موقف فإن أسلم تبينا أنه أجزأه وإن مات أو قتل تبينا أنه لم يصح منه كسائر تصرفاته.

مسألة: قال: (ومن وطيء قبل أن يأتي بالكفارة كان عاصياً وعليه الكفارة المذكورة)

قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التكفير لقول الله تعالى في العتق والصيام ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] فإن وطيء عصى ربه لمخالفته أمره وتستقر الكفارة في ذمته فلا تسقط بعد ذلك بموت ولا طلاق ولا غيره وتحريم زوجته عليه باق بحاله حتى يكفر، هذا قول أكثر أهل العلم، روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وجابر بن زيد ومورق العجلي وأبي مجلز والنخعي وعبد الله بن أذينة ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور، وروى الخلال عن الصلت بن دينار قال: سألت عشرة من الفقهاء عن المظاهر يجامع قبل أن يكفر؟ قالوا: ليس عليه إلا كفارة واحدة الحسن وابن سيرين وبكر المزني ومورق العجلي وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وقتادة وقال وكيع وأظن العاشر نافعاً، وحكي عن عمرو بن العاص أن عليه كفارتين وروي ذلك عن قبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة لأن

الوطء يوجب كفارة والظهار موجب لـلأخرى، وقـال أبو حنيفـة لا تثبت الكفارة في ذمتـه وإنما هي شرط للإباحـة بعد الـوطء كما كـانت قبله وحكي عن بعض الناس أن الكفـارة تسقط لأنه فات وقتها لكونها وجبت قبل المسيس.

ولنا: حديث سلمة بن صخر حين ظاهر ثم وطيء قبل التكفير، فأمـره النبي ﷺ بكفارة واحدة، ولأنه وجد الظهـار والعود فيـدخل في عمـوم قولـه: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] فأما قولهم: فات وقتها. فيبطل بما ذكـرناه بـالصلاة وسـائر العبـادات يجب قضاؤها بعد فوات وقتها.

مسـألة: قـال: (وإذا قالت المـرأة لزوجهـا أنت علي كـظهر أبي لم تكن مـظاهـرة ولزمتها كفارة الظهار لأنها قد أتت بالمنكر من القول والزور)

وجملة ذلك: أن المرأة إذا قالت لزوجها أنت علي كظهر أبي أو قالت إن تزوجت فلاناً فهو علي كظهر أبي فليس ذلك بظهار، قال القاضي لا تكون مظاهرة رواية واحـدة، وهذا قـول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الزهري والأوزاعي هـو ظهار وروي ذلـك عن الحسن والنخعي إلا أن النخعي قال إذا قـالت ذلك بعـد ما تـزوج فليس بشيء ولعلهم يحتجون بأنها أحد الزوجين ظاهر من الآخر فكان ظاهراً كالرجل.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] فخصهم بذلـك ولأنه قول يوجب تحريماً في الزوجة يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالـطلاق ولأن الحل في المـرأة حق للرجل فلم تملك المـرأة إزالته كسـائر حقـوقه. إذا ثبت هـذا فـاختلف عن أحمـد في الكفارة فنقل عنه جماعة عليها كفارة الظهار لما روى الأثرم بإسناده عن إبراهيم أن عـائشة بنت طلحة قالت: إن تزوجت مصعب بن الزبـير فهو عـلي كظهـر أبي.فسألت أهـل المدينـة فرأوا أن عليهـا الكفـارة. وروى علي بن مسهـر عن الشيبـاني قـال: «كنت جـالسـاً في المسجـد أنـا وعبد الله بن المغفل المزني، فجاء رجل حتى جلس إلينا فسألته من أنت؟ فقال أنا مـولى لعائشـة بنت طلحة التي أعتقني عن ظهارهـا خطبهـا مصعب بن الزبـير، فقالت هـو علي كـظهر أبي إن تزوجته ثم رغبت فيه فاستفتت أصحاب رسول الله ﷺ وهم يومئذ كثير فأمـروها أن تعتق رقبـة وتتزوجه فـأعتقتني وتزوجتـه» وروى سعيد هـذين الخبرين مختصرين ولأنها زوج أتى بـالمنكر من القول والزور فلزمه كفارة الظهار كالآخر ولأن الواجب كفارة يمين فاستوى فيها الزوجان كاليمين بالله تعالى، والرواية الثانية: ليس عليها كفارة وهو قول مالك والشـافعي وإسحاق وأبي ثـور، لأنه قول منكر وزور، وليس بظهار، فلم يوجب كفارة كالسب والقذف ولأنه قول ليس بظهـار فلم يوجب كفارة الظهار كسائر الأقوال أو تحريم مما لا يصح منه الظهار فأشبه الظهار من أمته. والرواية الثالثة: عليها كفارة اليمين، قال أحمـد قد ذهب عـطاء مذهبـاً حسناً جعله بمنـزلة من حرم على نفسه شيئاً مثل الطعام وما أشبه وهذا أقيس على مذهب أحمد وأشبه بأصولـه لأنه ليس بظهار ومجرد القول من المنكر والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سـائر الكـذب والظهـار قبل

العود والظهار من أمته وأم ولده ولأنه تحريم لا يثبت التحريم في المحل فلم يوجب كفارة الظهار كتحريم سائر الحلال ولأنه ظهار من غير امرأته فأشبه الظهار من أمته وما روي عن عائشة بنت طلحة في عتق الرقبة فيجوز أن يكون إعتاقها تكفيراً ليمينها فإن عتق الرقبة أحد خصال كفارة اليمين ويتعين حمله على هذا لكون الموجود منها ليس بظهار وكلام أحمد في رواية الأثرم لا يقتضي وجوب كفارة الظهار إنما قال الأحوط أن تكفر وكذا حكاه ابن المنذر ولا شك في أن الأحوط التكفير بأغلظ الكفارات ليخرج من الخلاف ولكن ليس ذلك بواجب عليه لأنه ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص وإنما هو تحريم للحلال من غير ظهار. فأشبه ما لو حرم أمته أو طعامه وهذا قول عطاء والله أعلم.

فصل: وإذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فلا تجب عليها حتى يطأها وهي مطاوعة فإن طلقها أو مات أحدهما قبل وطئها أو إكراهها على الوطء فلا كفارة عليها لأنها يمين فلا تجب كفارتها قبل الحنث فيها كسائر الأيمان ولا يجب تقديمها قبل المسيس ككفارات سائر الأيمان ويجوز تقديمها لذلك وعليها تمكين زوجها من وطئها قبل التكفير لأنه حق له عليها فلا يسقط بيمينها ولانه ليس بظهار وإنما هو تحريم لحلال فلا يثبت تحريماً كما لو حرم طعامه، وحكي أن ظاهر كلام أبي بكر أنها لا تمكنه قبل التكفير إلحاقاً بالرجل. وليس ذلك بجيد لأن الرجل الظهار منه صحيح ولا يصح ظهار المرأة ولأن الحل حق الرجل فملك رفعه والحل حق عليها فلا تملك إزالته والله أعلم.

مسألة: قال: (وإذا ظاهر من زوجته مراراً فلم يكفر فكفارة واحدة)

هذا ظاهر المذهب سواء كان في المجلس أو مجالس ينوي بذلك التأكيد أو الاستئناف أو أطلق نقله عن أحمد جماعة، واختاره أبو بكر وابن حامد والقاضي وروي ذلك عن علي رضي الله عنه، وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاوس والشعبي والزهري ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وهو قول الشافعي القديم ونقل عن أحمد فيمن حلف أيماناً كثيرة، فإن أراد تأكيد اليمين فكفارة واحدة، فمفهومه أنه إن نوى الاستئناف فكفارتان، وبه قال الثوري والشافعي في الجديد وقال أصحاب الرأي إن كان في مجلس واحد فكفارة واحدة وإن كان في مجالس فكفارات وروي ذلك عن علي وعمرو بن دينار وقتادة لأنه قول يوجب تحريم الزوجة فإذا نوى الاستئناف تعلق بكل مرة حكم حالها كالطلاق.

ولنا: إنه قول لم يؤثر تحريماً في الزوجة فلم تجب به كفارة الظهار كاليمين بالله تعالى ولا يخفى أنه لم يؤثر تحريماً فإنها قد حرمت بالقول الأول ولم يزد تحريمها، ولأنه لفظ يتعلق به كفارة فإذا كرره كفاه واحدة كاليمين بالله تعالى، وأما الطلاق فما زاد عن ثلاث لا يثبت له حكم بالإجماع وبهذا ينتقض ما ذكروه وأما الثالثة فإنها تثبت تحريماً زائداً وهو التحريم قبل زوج وإصابة بخلاف الظهار الثاني فإنه لا يثبت به تحريم فنظيره ما زاد على الطلقة الثالثة لا يثبت له حكم فكذلك الظهار الثاني فأما إن كفر عن الأول ثم ظاهر لزمته للثاني كفارة بلا خلاف لأن

الظهار الثاني مثل الأول فإنه حرم الزوجة المحلة فأوجب الكفارة كالأول بخلاف ما قبل التكفير.

فصل: والنية شرط في صحة الكفارة لقول النبي ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات» ولأن العتق يقع متبرعاً به وعن كفارة أخرى أو نذر فلم ينصرف إلى هذه الكفارة إلا بنية وصفتها أن ينوي العتق أو الصيام أو الإطعام عن الكفارة فإن زاد الواجبة كان تأكيداً وإلا أجزأت نيته الكفارة، وإن نوى وجوبها ولم ينو الكفارة لم يجزئه لأن الوجوب يتنوع عن كفارة ونذر فوجب تمييزه وموضع النية مع التكفير أو قبله بيسير وهذا الذي نص عليه الشافعي، وقال بعض أصحابه، وقال بعضهم لا يجزىء حتى يستصحب النية وإن كانت الكفارة صياماً اشترط نية الصيام عن الكفارة في كل ليلة لقوله عليه السلام: «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل» وإن اجتمعت عليه كفارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً فعلى هذا لو كان مظاهراً من أربع نساء فأعتق عبداً عن ظهاره أجزأه عن إحداهن وحلت له واحدة غير معينة لأنه واجب من جنس واحد فأجزأته نية مطلقة كما لو كان عليه صوم يومين من رمضان وقياس المذهب أن يقرع بينهن فتخرج بالقرعة المحللة منهن وهذا قول أبي ثور، وقال الشافعي له أن يصرفها إلى أيتهن شاء فتحل وهذا يفضي إلى أنه يتخير بين كون هذه المرأة محللة له أو محرمة عليه وإن كان الظهار من ثلاث نسوة فأعتق عبداً عن إحداهن ثم صام شهرين متتابعين عن أخرى ثم مرض فأطعم ستين مسكيناً عن أخرى أجزأه وحل له الجميع من غير قرعة ولا تعيين وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور يقرع بينهن فمن تقع لها القرعة فالعتق لها ثم يقرع بين الباقيتين فمن تقع لها القرعة فالصيام لها والإطعام عن الثالثة لأن كل واحدة من هذه الخصال لو انفردت احتاجت إلى قرعة فكذلك إذا اجتمعت.

ولنا: إن التكفير قد حصل عن الثلاث وزالت حرمة الظهار فلم يحتج إلى قرعة كما لو أعتق ثلاثة أعبد عن ظهارهن دفعة واحدة، فأما إن كانت الكفارة من أجناس كظهار وقتل وجماع في رمضان ويمين فقال أبو الخطاب لا يفتقر إلى تعيين السبب، وهذا مذهب الشافعي لأنها عبادة واجبة فلم تفتقر صحة أدائها إلى تعيين سببها كما لو كانت من جنس واحد، وقال القاضي يحتمل أن يشترط تعيين سببها ولا تجزىء نية مطلقة، وحكاه أصحاب الشافعي عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة لأنها عبادتان من جنسين فوجب تعيين النية لهما كما لو وجب عليه صوم من قضاء ونذر، فعلى هذا لو كانت عليه كفارة واحدة لا يعلم سببها فكفر كفارة واحدة أجزأه على الوجه الأول قاله أبو بكر، وعلى الوجه الثاني ينبغي أن يلزمه التكفير بعدد أسباب الكفارات كل واحدة عن سبب كمن نسي صلاة يوم لا يعلم أمن قضاء هو أو نذر؟ لزمه صوم يومين، فإن كان عليه صوم ثلاثة أيام لا يدري أهي من كفارة يمين أو قضاء نذر؟ لزمه صوم تسعة أيام كل ثلاثة عن واحدة من الجهات الثلاث.

فصـل: وإذا كانت على رجل كفارتان فأعتق عنهما عبدين لم يخل من أربعة أحوال.
أحدهما: أن يقول أعتقت هذا عن هذه الكفارة وهذا عن هذه فيجزئه إجماعاً.

والثاني: أن يقول أعتقت هذا عن إحدى الكفارتين وهذا عن الأخرى من غير تعيين فينظر فإن كانا من جنس واحد ككفارتي ظهار أو كفارتي قتل أجزأه، وإن كانت من جنسين ككفارة ظهار وكفارة قتل خرج على الوجهين في اشتراط تعيين السبب إذا قلنا يشترط لم يجزئه واحد منهما، وإن قلنا لا يشترط أجزأه عنهما.

والثالث: أن يقول أعتقهما عن الكفارتين فإن كانتا من جنس واحد أجزأ عنهما ويقع كل واحد عن كفارة ولأن عرف الشرع والاستعمال إعتاق الرقبة، عن الكفارة. فإذا أطلق ذلك وجب حمله عليه وإن كانتا من جنسين خرج على الوجهين.

الرابع: أن يعتق كل واحد عنهما جميعاً فيكون معتقاً عن كل واحدة من الكفارتين نصف العبدين فينبني ذلك على أصل آخر وهو إذا أعتق نصف رقبتين عن كفارة هل يجزئه أو لا؟ فعلى قول الخرقي يجزئه لأن الأشقاص بمنزلة الأشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير، بدليل الزكاة فإن من ملك نصف ثمانين شاة كان بمنزلة من ملك أربعين ولا تلزم الأضحية فإنه يمنع منه العيب اليسير.

وقال أبو بكر وابن حامد لا يجزئه وهو قول مالك وأبي حنيفة لأن ما أمر بصرفه إلى شخص في الكفارة لم يجز تفريقه على اثنين كالمد في الإطعام ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ولهم وجه ثالث وهو أنه إن كان باقيهما حراً أجزأ وإلا فلا لأنه متى كان باقيهما حراً حصل تكميل الأحكام والتصرف، وخرجه القاضي وجهاً لنا أيضاً إلا أن للمعترض عليه أن يقول إن تكميل الأحكام ما حصل بعتق هذا وإنما حصل بانضمامه إلى عتق النصف الآخر فلم يجزئه فإذا قلنا لا يجزىء عتق النصفين لم يجزىء في هذه المسألة عن شيء من الكفارتين، وإن قلنا يجزىء وكانت الكفارتان من جنس أجزأ العتق عنهما وإن كانتا من جنسين فقد قيل يخرج على الوجهين، والصحيح أنه يجزىء وجهاً واحداً لأن عتق النصفين عنهما كعتق عبدين عنهما.

فصل: ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبله لأن الحكم لا يجوز تقديمه على سببه فلو قال لعبده أنت حر الساعة عن ظهاري إن ظاهرت عتق ولم يجزئه،عن ظهاره إن ظاهر لأنه قدم الكفارة على سببها المختص فلم يجز كما لو قدم كفارة اليمين عليها أو كفارة القتل على الجرح، ولو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي لم يجز التكفير قبل دخول الدار لأنه تقديم للكفارة قبل الظهار فإن أعتق عبداً عن ظهاره ثم دخلت الدار عتق العبد وصار مظاهراً ولم يجزئه لأن الظهار معلق على شرط فلا يوجد قبل وجود شرطه، وإن قال لعبده إن ظاهرت فأنت حر عن ظهاري ثم قال لامرأته أنت علي كظهر أمي عتق العبد لوجود الشرط، وهل يجزئه عن الظهار؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجزئه لأنه عتق بعد الظهار وقد نوى إعتاقه عن الكفارة.

والثاني: لا يجزئه لأن عتقه مستحق بسبب آخر وهو الشرط، ولأن النية لم توجد عند العتق والنية عند التعليق لا تجزىء لأنه تقديم لها على سببها، وإن قال لعبده إن ظاهرت فأنت حر عن ظهاري فالحكم فيه كذلك لأنه تعليق لعتقه على المظاهرة.

كتاب اللعان

قال رحمه الله تعالى:

وهو مشتق من اللعن لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذباً، وقال القاضي سمي بذلك لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذباً فتحصل اللعنة عليه وهي الطرد والإبعاد. والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦] الآيات، وروى سهل بن سعد الساعدي «أن عويمراً العجلاني أتى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ: قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فائت بها قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ، فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها. فطلقها ثلاثاً بحضرة رسول الله ﷺ»[1] متفق عليه، وروى أبو داود بإسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاء هلال بن أمية وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم فجاء من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلاً فرأى بعينيه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إني جئت أهلي فوجدت عندهم رجلاً فرأيت بعيني وسمعت بأذني فكره رسول الله ﷺ ما جاء به واشتد عليه فنزلت ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ﴾ [النور: ٦] الآيتين كلتيهما فسري عن رسول الله ﷺ فقال: أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً. قال هلال: قد كنت أرجو ذلك من ربي تبارك وتعالى فقال رسول الله ﷺ: أرسلوا إليها. فأرسلوا إليها. فتلاها عليهما رسول الله ﷺ وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا. فقال هلال: والله لقد صدقت عليها فقالت كذب. فقال رسول الله ﷺ: لاعنوا بينهما فقيل لهلال: اشهد فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، فلما كانت الخامسة قيل يا هلال اتق

---

(١) في نسخة «قبل أن يأمره رسول الله ﷺ».

الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب. فقال: و الله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم قيل لها اشهدي فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت و الله لا أفضح قومي فشهدت الخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا يثبت لها عليه ولا قوت، من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال: إن جاءت به أصيهب أريضخ أثيبج أحمش الساقين فهو لهلال، وإن جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الأليتين فهو للذي رميت به. فجاءت به أو رق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الأليتين، فقال رسول الله ﷺ: لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» قال عكرمة: فكان بعد ذلك أميراً على مصر وما يدعى» الأب، ولأن الزوج يبتلى بقذف امرأته لينفي العار والنسب الفاسد وتتعذر عليه البينة فجعل اللعان بينة له، ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبيّ ﷺ: «أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً».

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (وإذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة فقال لها زنيت أو يا زانية أو رأيتك تزنين ولم يأت بالبينة لزمه الحد، إن لم يلتعن، مسلماً كان أو كافراً حراً كان أو عبداً)

الكلام في هذه المسألة في فصول:

أحدها: في صفة الزوجين اللذين يصح اللعان بينها. وقد اختلفت الرواية فيهما فروي أنه يصح من كل زوجين مكلفين سواء كانا مسلمين أو كافرين أو عدلين أو فاسقين أو محدودين في قذف أو كان أحدهما كذلك، وبه قال سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعة ومالك وإسحاق. قال أحمد في رواية ابن منصور: جميع الأزواج يلتعنون الحر من الحرة والأمة إذا كانت زوجة وكذلك العبد من الحرة والأمة إذا كانت زوجة، وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية وعن أحمد رواية أخرى: لا يصح اللعان إلا من زوجين مسلمين عدلين حرين غير محدودين في قذف. وروي هذا عن الزهري والثوري والأوزاعي وحماد وأصحاب الرأي، وعن مكحول ليس بين المسلم والذمية لعان، وعن عطاء والنخعي في المحدود في القذف يضرب الحد ولا يلاعن، وروي فيه حديث لا يثبت. وكذلك قال الشافعي والساجي. لأن اللعان شهادة بدليل قوله سبحانه: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦] فاستثنى أنفسهم من الشهداء وقال تعالى: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ﴾ [النور: ٦] فلا يقبل ممن ليس من أهل الشهادة، وإن كانت المرأة ممن لا يحد بقذفها لم يجب اللعان لأنه يراد لإسقاط الحد بدليل قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: ٨] ولا حد ها هنا فينتفي اللعان لانتفائه.

وذكر القاضي في المجرد أن من لا يجب الحد بقذفها وهي الأمة والذمية والمحدودة في الزنا لزوجها لعانها لنفي الولد خاصة وليس له لعانها لإسقاط القذف والتعزير لأن الحد لا يجب واللعان إنما يشرع لإسقاط حد أو نفي ولد فإذا لم يكن واحد منهما لم يشرع العان.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] الآية، ولأن اللعان يمين فلا يفتقر إلى ما شرطوه كسائر الأيمان. ودليل أنه يمين قول النبي ﷺ: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» وأنه يفتقر إلى اسم الله تعالى ويستوي فيه الذكر والأنثى.

وأما تسميته شهادة فلقوله في يمينه: أشهد بالله» فسمي ذلك شهادة وإن كان يميناً كما قال الله تعالى: ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافقون: ١] ولأن الزوج يحتاج إلى نفي الولد فيشرع له طريقاً إلى نفيه كما لو كانت امرأته ممن يحد بقذفها، وهذه الرواية هي المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة، وما يخالفها شاذ في النقل.

وأما قول الخرقي: وإذا قذف زوجته البالغة الحرة المسلمة. فيحتمل أنه شرط هذا لوجوب الحد عليه لا لنفي اللعان ويحتمل أن يكون هذا شرطاً عنده في المرأة لتكون ممن يجب عليه الحد بقذفها فينفيه باللعان ولا يشترط في الزوج شيء من ذلك لأن الحد يجب عليه بقذف المحصنة وإن كان ذمياً أو فاسقاً. فأما قوله: مسلماً كان أو كافراً. ففيه نظر لأنه أوجب عليه بقذف زوجته المسلمة والكافر لا يكون زوجاً لمسلمة فيحتاج إلى تأويل لفظه بحمله على أحد شيئين. **أحدهما:** أنه أراد أن الزوج يلاعن زوجته وإن كان كافراً فرد ذلك إلى اللعان لا إلى الحد. **الثاني:** أنه أراد ما إذا أسلمت زوجته فقذفها في عدتها ثم أسلم الزوج فإنه يلاعن.

فصل: ولا فرق بين كون الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها في أنه يلاعنها. قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار منهم عطاء والحسن والشعبي والنخعي وعمرو بن دينار وقتادة ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق الشافعي بظاهر قول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] فإن كانت غير مدخول بها فلها نصف الصداق لأنها فرقة منه. كذلك قال الحسن وسعيد بن جبير وقتادة ومالك. وفيه رواية أخرى: لا صداق لها لأن الفرقة حصلت بلعانهما جميعاً. فأشبه الفرقة لعيب في أحدهما.

فصل: فإن كان أحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما لأنه قول تحصل به الفرقة ولا يصح من غير مكلف كالطلاق أو يمين فلا تصح من غير المكلف كسائر الأيمان. ولا يخلو غير المكلف من أن يكون الزوج أو الزوجة أو هما. فإن كان الزوج فله حالان: **أحدهما:** أن يكون طفلاً. **والثاني:** أن يكون بالغاً زائل العقل. فإن كان طفلاً لم يصح منه القذف ولا يلزمه به حد لأن القلم مرفوع عنه وقوله غير معتبر. وإن أتت امرأته بولد نظرنا فإن كان لدون عشر سنين لم يلحقه الولد ويكون منفياً عنه لأن العلم يحيط به بأنه ليس منه فإن الله عز وجل لم يجر العادة بأن يولد له لدون ذلك فينتفي عنه كما لو أتت به المرأة لدون ستة أشهر منذ تزوجها.

وإن كان ابن عشر فصاعداً فقال أبو بكر لا يلحق بـه إلا بعد البلوغ أيضـاً لأن الولـد لا يخلق إلا من ماء الرجل والمرأة ولو أنزل لبلغ. وقال ابن حامد يلحق به. قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد. وهذا مذهب الشافعي، لأن الولد يلحق بالإمكـان وإن خالف الـظاهر، ولهـذا لو أتت بولد لستة أشهر من حين العقد لحق بالزوج وإن كان خلاف الظاهر. وكذلك يلحق به إذا أتت به لأربع سنين مع ندرته. وليس له نفيه في الحال حتى يتحقق بلوغه بـأحد أسبـاب البلوغ فله نفي الولد واستلحاقه. فـإن قيل: فإذا ألحقتم به الولد فقد حكمتم ببلوغه فهلا سمعتم نفيه ولعانه؟ قلنا: إلحاق الولد يكفي فيه الإمكان والبلوغ لا يثبت إلا بسبب ظاهر ولأن إلحاق الولد به حق عليه واللعان حق له فلم يثبت مع الشك فإن قيل: لم يكن بالغاً انتفى عنه الولد وإن كان بالغاً انتفى عنه اللعان. قلنا: إلا أنه لا يجوز أن يبتدىء اليمين مع الشك في صحتها فسقطت للشك فيها.

الثاني: إذا كان زائـل العقل لجنـون فـلا حكم لقـذفه لأن القلم عنـه مرفـوع أيضاً وإن أتت امرأته بولد فنسبه لاحـق به لإمكانه ولا سبيـل إلى نفيه مـع زوال عقله فإذا عقـل فله نفي الولد حينئذ واستلحاقه وإن ادعى أنه كان ذاهب العقل حين قذفه وأنكرت ذلك ولأحدهما بينة بما قال ثبت قوله وإن لم يكن لواحد منهما بينة ولم يكن له حالة علم فيها زوال عقله فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل والظاهر الصحة والسلامة وإن عرفت له حـالة جنـون ولم تعرف لـه حالـة إفاقة فالقول قوله مع يمينه، وإن عرفت له حـالة جنـون وحالـة إفاقـة ففيه وجهـان: **أحدهمـا**: القول قولها قال القاضي هذا قياس قول أصحابنا في الملفوف إذا ضربه فقـده ثم ادعى أنه كـان ميتاً، وقال الولي كان حياً. **والوجه الثاني**: أن القول قولـه لأن الأصلِ بـراءة ذمته من الحـد فلا يجب بالشك ولأن الحد يسقط بالشبهة. ولا يشبه هذا الملفوف لأن الملفوف قد علم أنه كان حياً ولم يعلم منه ضد ذلك فنظيره في مسألتنا أنه يعرف له حالة إفاقة ولا يعلم منه ضدها وفي مسألتنا قد تقدم له حالة جنون فيجوز أن تكون قد استمرت إلى حين قذفـه وأما إن كـانت الزوجـة غير مكلفة فقذفها الزوج نظرنا فإن كانت طفـلة لا يجامع مثلها فلا حد على قاذفها لأنه قـول يتيقن كذبـة فيـه وبـراءة عرضهـا منـه فلـم يجب بـه حـد كمـا لـو قـال أهـل الـدنيـا زنـاة ولكنـه يعـزر للسبب، لا للقذف فلا يحتاج في التعزير إلى مطالبة لأنه مشروع لتأديبه وللإمام فعله إذا رأى ذلك فإن كانت يجامع مثلها كابنة تسع سنـين فعليه الحـد وليس لوليهـا ولا لها المـطالبة بـه حتى تبلغ فإذا بلغت فطالبت فلها الحد وله إسقاطه باللعان وليس له لعانها قبل البلوغ لأن اللعان يراد لإسقاط الحـد أو نفي الولد ولا حد عليه قبل بلوغها ولا ولـد فينفيه فـإن أتت بولـد حكم ببلوغها لأن الحمـل أحد أسباب البلوغ ولأنه لا يكون إلا من نطفتها فمن ضرورتـه إنزالهـا وهو من أسبـاب بلوغها وإن قذف امرأته المجنونة بزنا أضافه إلى حال إفـاقتها أو قـذفها وهي عـاقلة ثم جنت لم يكن لها المطالبة ولا لوليها قبل إفاقتها لأن هذا طريقه التشفي فلا ينوب عنـه الولي فيـه كالقصـاص فإذا أفاقت فلها المطالبة بالحد وللزوج إسقاطه باللعان فإن أراد لعانها في حال جنونها ولا ولد ينفيه لم يكن له ذلك لعدم الحاجة إليه لأنه لم يتوجه عليه حـد فيسقطه ولا نسب فينفيـه وإن كان هنـاك

ولد يريد نفيه فالذي يقتضيه المذهب أنه لا يلاعن ويلحقه الولد لأن الولد إنما ينتفي باللعان من الزوجين وهذه لا يصح منها لعان، وقد نص أحمد في الخرساء أن زوجها لا يلاعن فهذه أولى وقال الخرقي في العاقلة لا يعرض له حتى تطالبه زوجته وهذا قول أصحاب الرأي لأنها أحد الزوجين فلم يشرع اللعان مع جنونه كالزوج ولأن لعان الزوج وحده لا ينتفي به الولد فلا فائدة في مشروعيته، وقال القاضي: له أن يلاعن لنفي الولد لأنه محتاج إلى نفيه فشرع له طريق إلى نفيه وقال الشافعي: له أن يلاعن وظاهر مذهبه أن له لعانها مع عدم الولد لدخوله في عموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] ولأنه زوج مكلف قاذف لامرأته التي يولد لمثلها فكان له أن يلاعنها كما لو كانت عاقلة.

فصل: فأما الأخرس والخرساء فإن كانا غير معلومي الإشارة والكتابة فهما كالمجنونين فيما ذكرناه لأنه لا يتصور منهما لعان ولا يعلم من الزوج قذف ولا من المرأة مطالبة، وإن كانا معلومي الإشارة والكتابة فقد قال أحمد إذا كانت المرأة خرساء لم تلاعن لأنه لا تعلم مطالبتها، وحكاه ابن المنذر عن أحمد وأبي عبيد وأصحاب الرأي، وكذلك ينبغي أن يكون في الأخرس وذلك لأن اللعان لفظ يفتقر إلى الشهادة فلم يصح من الأخرس كالشهادة الحقيقية، ولأن الحد يدرأ بالشبهات والشهادة لنسبه صريحة كالنطق فلا يخلو من احتمال وتردد فلا يجب الحد بها كما لا يجب على أجنبي بشهادته، وقال القاضي وأبو الخطاب هو كالناطق في قذفه ولعانه وهو مذهب االشافعي لأنه يصح طلاقه فصح قذفه ولعانه كالناطق ويفارق الشهادة لأنه يمكن حصولها من غيره فلم تدع الحاجة إلى الأخرس، وفي اللعان لا يحصل إلا منه فدعت الحاجة إلى قبوله منه كالطلاق والأول أحسن لأن موجب القذف وجوب الحد وهو يدرأ بالشهادة، ومقصود اللعان الأصلي نفي النسب وهو يثبت بالإمكان مع ظهور انتفائه فلا ينبغي أن يشرع ما ينفيه، ولا ما يوجب الحد مع الشبهة العظيمة ولذلك لم تقبل شهادته، وقولهم: إن الشهادة تحصل من غيره. قلنا: قد لا تحصل إلا منه لاختصاصه برؤية المشهود له أو إسماعه إياه.

فصل: فإن قذف الأخرس أو لاعن ثم تكلم فأنكر القذف واللعان لم يقبل إنكاره للقذف. لأنه قد تعلق به حق لغيره بحكم الظاهر فلا يقبل إنكاره له ويقبل إنكاره للعان فيما عليه فيطالب بالحد ويلحقه النسب ولا تعود الزوجية فإن قال: أنا ألاعن للحد ونفي النسب كان له ذلك لأنه إنما لزمه بإقراره أنه لم يلاعن فإذا أراد أن يلاعن كان له ذلك.

فصل: فإن قذفها وهو ناطق ثم خرس وأيس من نطقه فحكمه حكم الأصلي وإن رجي عود نطقه وزوال خرسه انتظر به ذلك ويرجع في معرفة ذلك إلى قول عدلين من أطباء المسلمين وهذا قول أصحاب الشافعي، وذكر بعضهم أنه يلاعن في الحالين بالإشارة لأن أمامة بنت أبي العاص أصمتت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا؟ فأشارت أن نعم فرأوا أنها وصية وهذا لا حجة فيه لأنه لم يذكر من الراوي لذلك ولم يعلم أنه قول من قوله حجة ولا علم هل كان ذلك لخرس يرجى زواله أو لا؟ وقال أبو الخطاب فيمن اعتقل لسانه وأيس من نطقه هل يصح لعانه بالإشارة؟ على وجهين.

فصل: وكل موضع لا لعان فيه فالنسب لاحق فيه ويجب بالقذف موجبه من الحد والتعزير إلا أن يكون القاذف صبياً أو مجنوناً فلا ضرب فيه ولا لعان كذلك قال الثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم.

الفصل الثاني: أنه لا لعان بين غير الزوجين فإذا قذف أجنبية محصنة حد ولم يلاعن، وإن لم تكن محصنة عزر ولا لعان أيضاً ولا خلاف في هذا، وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] ثم خص الزوجات من عموم هذه الآية بقوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] ففيما عداهن يبقى على قضية العموم، وإن ملك أمة ثم قذفها فلا لعان سواء كانت فراشاً له أو لم تكن ولا حد عليه بقذفها ويعزر فإن أتت بولد نظرنا فإن لم يعترف بوطئها لم يلحقه نسبه ولم يحتج إلى نفيه، وإن اعترف بوطئها صارت فراشاً له وإذا أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه. وبهذا قال مالك والشافعي وقال الثوري وأبو حنيفة لا تصير فراشاً له حتى يقر بولدها فإذا أقر به صارت فراشاً له ولحقه أولادها بعد ذلك لأنها لو صارت فراشاً بالوطء لصارت فراشاً بإباحته كالزوجة.

ولنا: إن سعداً نازع عبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة فقال هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر» متفق عليه. وروى ابن عمر عن عمر رضي الله عنه قال ما بال رجال يطؤون ولائدهم ثم يعزلونهن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها إلا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا ولأن الوطء يتعلق به تحريم المصاهرة فإذا كان مشروعاً صارت به المرأة فراشاً كالنكاح ولأن المرأة إنما سميت فراشاً تجوزاً إما لمضاجعته لها على الفراش وإما لكونها تحته في حال المجامعة وكلا الأمرين يحصل في الجماع وقياسهم الوطء على الملك لا يصح. لأن الملك لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولا يحصل منه الولد بدون الوطء ويفارق النكاح فإنه لا يراد للوطء ويتعلق به تحريم المصاهرة ولا ينعقد في محل يحرم الوطء فيه كالمجوسية والوثنية وذواتي محارمه.

إذا ثبت هذا: فإن أراد نفي ولد أمته التي يلحقه ولدها فطريقه أن يدعي أنه استبرأها بعد وطئه لها بحيضة فينتفي بذلك وإن ادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف عنه بذلك لما روى جابر قال: جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله ﷺ فقال إن لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال: «اعزل عنها إن شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها» قال: فلبث الرجل ثم أتاه فقال إن الجارية قد حملت قال: «قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قدر لها» رواه أبو داود، وروي عن أبي سعيد أنه قال: كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق إلي يعني ابنه ولحديث عمر الذي ذكرناه ولأنه حكم تعلق بالوطء فلم يعتبر معه الإنزال كسائر الأحكام. وقد قيل إنه ينزل من الماء ما لا يحس به وإن أقر بالوطء دون الفرج أو في الدبر لم تصر بذلك فراشاً لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص ولأنه ينتفي عنه الولد بدعوى الاستبراء إذا أتت به بعد

الاستبراء بمدة الحمل فها هنا أولى، وروي عن أحمد أنها تصير فراشاً لأنه قد يجامع فيسبق الماء إلى الفرج. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين وإذا ادعى الاستبراء قبل قوله بغير يمين في أحد الوجهين لأن من قبل قوله في الاستبراء قبل بغير يمين كالمرأة تدعي انقضاء عدتها وفي الآخر يستحلف وهو مذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام: «لكن اليمين على المدعى عليه» ولأن الاستبراء غير مختص به فلم يقبل قوله بغير يمين كسائر الحقوق بخلاف العدة ومتى لم يدع الاستبراء لحقه ولدها ولم ينتف عنه وقال الشافعي في أحد قوليه له نفيه باللعان لأنه لم يرض به فأشبه ولد المرأة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] فخص بذلك الأزواج ولأنه ولد يلحقه نسبه من غير الزوجة فلم يملك نفيه باللعان كما لو وطىء أجنبية بشبهة فألحقت القافة ولدها به ولأن له طريقاً إلى نفي الولد بغير اللعان فلم يحتج إلى نفيه باللعان فلا يشرع ولأنه إذا وطىء أمته ولم يستبرئها فأتت بولد احتمل أن يكون منه فلم يجز له نفيه لكون النسب يلحق بالإمكان فكيف مع ظهور وجود سببه؟ ولو ادعى الاستبراء فأتت بولدين فأقر بأحدهما ونفى الآخر لحقاه معاً لأنه لا يمكن جعل أحدهما منه والآخر من غيره وهما حمل واحد ولا يجوز نفي الولد المقر به عنه مع إقراره به فوجب إلحاقهما به معاً، وكذلك إن أتت أمته التي لم يعترف بوطئها بتوأمين فاعترف بأحدهما ونفى الآخر.

فصل: وإذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً ثم قذفها وبينهما ولد يريد نفيه فله أن يلاعن لنفيه ولا حد عليه، وإن لم يكن بينهما ولد حد ولا لعان بينهما، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان لأنها أجنبية فأشبهت سائر الأجنبيات أو إذا لم يكن بينهما ولد.

ولنا: إن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كما لو كان النكاح صحيحاً ويفارق إذا لم يكن ولد فإنه لا حاجة إلى القذف لكونها أجنبية ويفارق سائر الأجنبيات لأنه لا يلحقه ولدهن فلا حاجة به إلى قذفهن ويفارق الزوجة فإنه يحتاج إلى قذفها مع عدم الولد لكونها خانته وغاظته وأفسدت فراشه فإذا كان له منها ولد فالحاجة موجودة فيهما وإذا لاعن سقط الحد لأنه لعان مشروع لنفي الحد فأسقط الحد كاللعان في النكاح الصحيح وهل يثبت التحريم المؤبد؟ فيه وجهان:

أحدهما: يثبته لأنه لعان صحيح أشبه لعان الزوجة.

والثاني: لا يثبته لأن الفرقة لم تحصل به فإنه لا نكاح بينهما يحصل قطعه به بخلاف لعان الزوجة فإن الفرقة حصلت به ولو لاعنها من غير ولد لم يسقط الحد ولم يثبت التحريم المؤبد لأنه لعان فاسد فلم تثبت أحكامه وسواء اعتقد أن النكاح صحيح أو لم يعتقد ذلك لأن النكاح في نفسه ليس بنكاح صحيح فأشبه ما لو لاعن أجنبية يظنها زوجته.

فصل: فلو أبان زوجته ثم قذفها بزنا أضافه إلى حال الزوجية فهي كالمسألة التي قبلها إن كان بينهما ولد يريد نفيه فله أن ينفيه باللعان وإلا حد ولم يلاعن، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يحد ويلحقه الولد ولا يلاعن، وهو قول عطاء ووجه المذهبين ما تقدم في التي قبلها، وقال عثمان البتي: له أن يلاعن، وإن لم يكن بينهما ولد وروي عن ابن عباس والحسن: أنه يلاعنها لأنه قذف مضاف إلى حال الزوجية أشبه ما لو كانت زوجته.

ولنا: إنه إذا كان بينهما ولد فيه حاجة إلى القذف فشرع كما لو قذفها وهي زوجته، وإذا لم يكن له ولد فلا حاجة به إليه، وقد قذفها وهي أجنبية فأشبه ما لو لم يضفه إلى حال الزوجية، ومتى لاعنها لنفي ولدها انتفى وسقط عنه الحد، وفي ثبوت التحريم المؤبد وجهان وهل له أن يلاعنها قبل وضع الولد؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك لأن من كان له لعانها بعد الوضع كان له لعانها قبله كالزوجة.

والثاني: ليس له ذلك وهو ظاهر قول الخرقي. لأن الولد عنده لا ينتفي في حال الحمل، ولأن اللعان إنما يثبت ها هنا لأجل الولد فلم يجز أن يلاعن إلا بعد تحققه بوضعه بخلاف الزوجة، فإنه يجوز لعانها مع عدم الولد وهكذا الحكم في نفي الحمل في النكاح الفاسد:

فصل: إذا اشترى زوجته الأمة ثم أقر بوطئها ثم أتت بولد لستة أشهر كان لاحقاً به ولم ينتف عنه إلا بدعوى الاستبراء لأنه ملحق به بالوطء في الملك دون النكاح لكون الملك حاضراً فصار كالزوج الثاني يلحق به الولد وإن أمكن أن يكون من الأول، وإن لم يكن أقر بوطئها أو أقر به فأتت بولد لدون ستة أشهر منذ وطيء كان ملحقاً بالنكاح إن أمكن ذلك وله نفيه باللعان وهل يثبت هذا اللعان التحريم المؤبد؟ على وجهين.

فصل: إذا قذف مطلقته الرجعية فله لعانها سواء كان بينهما ولد أو لم يكن قال أبو طالب: سألت أبا عبد الله عن الرجل يطلق تطليقة أو تطليقتين ثم يقذفها قال: قال ابن عباس لا يلاعن ويجلد، وقال ابن عمر: يلاعن ما دامت في العدة قال وقول ابن عمر أجود لأنها زوجته وهو يرثها وترثه فهو يلاعن، وبهذا قال جابر بن زيد والنخعي والزهري وقتادة والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن ابن عمر لأن الرجعية زوجة فكان له لعانها كما لو لم يطلقها.

فصل: وإن قذف زوجته ثم أبانها فله لعانها. نص عليه أحمد، سواء كان له ولد أو لم يكن، روي ذلك عن ابن عباس، وبه قال الحسن والقاسم بن محمد ومكحول ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر. وقال الحارث العكلي وجابر بن زيد وقتادة والحكم: يجلد. وقال حماد بن أبي سليمان وأصحاب الرأي: لا حد ولا لعان، لأن اللعان إنما يكون بين الزوجين وليس هذان بزوجين ولا يحد لأنه لم يقذف أجنبية.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] وهذا قد رمى زوجته فيدخل في عموم الآية وإذا لم يلاعن وجب الحد بعموم قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] ولأنه قاذف لزوجته فوجب أن يكون له أن يلاعن كما لو كانا على النكاح إلى حالة اللعان.

فصل: وإن قالت قذفني قبل أن يتزوجني وقال بل بعده، أو قالت قذفني بعد ما بنت منه وقال بل قبله فالقول قوله، لأن القول قوله في أصل القذف فكذلك في وقته. وإن قالت أجنبية: قذفني، فقال: كنت زوجتي حينئذ فأنكرت الزوجية فالقول قولها لأن الأصل عدمها.

فصل: ولو قذف أجنبية ثم تزوجها فعليه الحد ولا يلاعن، لأنه وجب في حال كونها أجنبية فلم يملك اللعان من أجله كما لو لم يتزوجها. وإن قذفها بعد تزوجها بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح حد ولم يلاعن سواء كان ثم ولد أو لم يكن وهو قول مالك وأبي ثور. وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والشعبي. وقال الحسن وزرارة بن أبي أوفى وأصحاب الرأي: له أن يلاعن لأنه قذف امرأته فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] ولأنه قذف امرأته فأشبه ما لو قذفها ولم يضفه إلى ما قبل النكاح. وحكى الشريف أبو جعفر عن أحمد رواية أخرى كذلك وقال الشافعي: إن لم يكن ثم ولد لم يلاعن، وإن كان بينهما ولد ففيه وجهان.

ولنا: إنه قذفها قذفاً مضافاً إلى حال البينونة أشبه ما لو قذفها وهي بائن، وفارق قذف الزوجة لأنه محتاج إليه لأنها غاظته وخانته، وإن كان بينهما ولد فهو محتاج إلى نفيه وها هنا إذا تزوجها وهو يعلم زناها فهو المفرط في نكاح حامل من الزنا فلا يشرع له طريق إلى نفيه.

فصل: ولو قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً يا زانية فنقل مهنا قال: سألت أحمد عن رجل قال لامرأته أنت طالق يا زانية ثلاثاً فقال: يلاعن. قلت: إنهم يقولون يحد ولا يلزمها إلا واحدة. قال: بئس ما يقولون فهذا يلاعن لأنه قذفها قبل الحكم ببينونتها فأشبه قذف الرجعية.

وأما في المسألة الأولى: فإن كان بينهما ولد فإنه يلاعن لنفيه وإلا حد ولم يلاعن لأنه يتعين إضافة القذف إلى حال الزوجية لاستحالة الزنا منها بعد طلاقه لها فصار كأنه قال لها بعد إبانتها: زنيت إذ كنت زوجتي على ما قررناه.

الفصل الثالث: إن كل قذف للزوجة يجب به اللعان سواء قال لها زنيت أو رأيتك تزنين سواء كان القاذف أعمى أو بصيراً. نص عليه أحمد، وبهذا قال الثوري والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وهو قول عطاء. وقال يحيى الأنصاري وأبو الزناد ومالك: لا يكون اللعان إلا بأحد أمرين: إما رؤية، وإما إنكار للحمل، لأن آية اللعان نزلت في هلال بن أمية وكان قال: رأيت بعيني وسمعت بأذني فلا يثبت اللعان إلا في مثله.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] الآية. وهذا رام لزوجته فيدخل في عموم الآية. ولأن اللعان معنى يتخلص به من موجب القذف فيشرع في حق كل رام لزوجته كالبينة والأخذ بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب ثم لم يعملوا به في قوله، وسمعت بأذني وسواء قذفها بزنا في القبل أو في الدبر وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يثبت اللعان بالقذف بالوطء في الدبر وبناه على أصله في أن ذلك لا يجب به الحد.

ولنا: إنه رام لزوجته بوطء في فرجها فأشبه ما لو قذفها بالوطء في قبلها، وأما إن قذفها بالوطء دون الفرج أو بشيء من الفواحش غير الزنا فلا حد عليه ولا لعان لأنه قذفها بما لا يجب به الحد فلم يثبت به الحد واللعان كما لو قذفها بضرب الناس وأذاهم.

الفصل الرابع: أنه إذا قذف زوجته المحصنة وجب عليه الحد وحكم بفسقه ورد شهادته إلا أن يأتي ببينة أو يلاعن فإن لم يأت بأربعة شهداء أو امتنع من اللعان لزمه ذلك كله وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة: يجب اللعان دون الحد فإن أبى حبس حتى يلاعن لأن الله تعالى قال: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ﴾ [النور: ٦] الآيات فلم يوجب بقذف الأزواج إلا اللعان.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤] وهذا عام في الزوج وغيره، وإنما خص الزوج بأن أقام لعانه مقام الشهادة في نفي الحد والفسق ورد الشهادة عنه، وأيضاً قول النبي ﷺ: «البينة ولا حد في ظهرك» وقوله لما لاعن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ولأنه قاذف يلزمه الحد لو أكذب نفسه فلزمه إذا لم يأت بالبينة المشروعة كالأجنبي، فأما إن قذف غيرها كالكتابية والأمة والمجنونة والطفلة فإنه يجب عليه التعزير بذلك لأنه أدخل عليهن المعرة بالقذف ولا يحد لهن حداً كاملاً لنقصانهن بذلك، ولا يتعلق به فسق ولا رد شهادة لأنه لا يوجب الحد، قال القاضي وليس له إسقاط هذا التعزير باللعان لأن اللعان إما لنفي النسب أو لدرء الحد وليس ها هنا واحد منهما وقال الشافعي له إسقاطه باللعان لأنه إذا ملك إسقاط الحد الكامل باللعان فإسقاط ما دونه أولى. وللقاضي أن يقول لا يلزم من مشروعيته لدفع الحد الذي يعظم ضرره مشروعيته لدفع ما يقل ضرره كما لو قذف طفلة لا يتصور وطؤها فإنه يعزر تعزير السب والأذى وليس له إسقاطه باللعان كذا ها هنا. وأما إن كان لأحد هؤلاء ولد يريد نفيه فقال القاضي له أن يلاعن لنفيه وهذا قول الشافعي وهو ظاهر كلام أحمد في الأمة والكتابية سواء كان لهما ولد أو لم يكن. وقد ذكرنا ذلك فيما مضى.

مسألة: قال: (ولا يعرض له حتى تطلبه زوجته)

يعني لا يتعرض له بإقامة الحد عليه ولا طلب اللعان منه حتى تطالب زوجته بذلك فإن ذلك حق لها فلا يقام من غير طلبها كسائر حقوقها. وليس لوليها المطالبة عنها إن كانت مجنونة أو محجوراً عليها ولا لولي الصغيرة وسيد الأمة المطالبة بالتعزير من أجلها. لأن هذا حق ثبت

للتشفي فلا يقوم الغير فيه مقام المستحق كالقصاص، فإن أراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظرنا فإن لم يكن هناك نسب يريد نفيه لم يكن له أن يلاعن وكذلك كل موضع سقط فيه الحد مثل أن أقام البينة بزناها أو أبرأته من قذفها أو حد لها ثم أراد لعانها ولا نسب هناك ينفى فإنه لا يشرع اللعان وهذا قول أكثر أهل العلم، ولا نعلم فيه مخالفاً إلا بعض أصحاب الشافعي قالوا له الملاعنة لإزالة الفراش، والصحيح عندهم مثل قول الجماعة لأن إزالة الفراش تمكنه بالطلاق، والتحريم المؤبد ليس بمقصود يشرع اللعان من أجله، وإنما حصل ذلك ضمناً. فأما إن كان هناك ولد يريد نفيه، فقال القاضي: له أن يلاعن لنفيه، وهذا مذهب الشافعي لأن هلال بن أمية لما قذف امرأته وأتى النبيّ ﷺ فأخبره أرسل إليها فلاعن بينهما ولم تكن طالبته ولأنه محتاج إلى نفيه فشرع له طريق إليه كما لو طالبته، ولأن نفي النسب الباطل حق له فلا يسقط برضاها به كما لو طالبت باللعان ورضيت بالولد. ويحتمل أن لا يشرع اللعان ها هنا كما لو قذفها فصدقته وهو قول أصحاب الرأي لأنه أحد موجبي القذف فلا يشرع مع عدم المطالبة كالحد.

فصل: وإذا قذفها ثم مات قبل لعانها أو قبل إتمام لعانه سقط اللعان ولحقه الولد وورثته في قول الجميع. لأن اللعان لم يوجد فلم يثبت حكمه. وإن مات بعد أن أكمل لعانه وقبل لعانها فكذلك، وقال الشافعي: تبين بلعانه ويسقط التوارث وينتفي الولد ويلزمها الحد إلا أن تلتعن.

ولنا: إنه مات قبل إكمال اللعان أشبه ما لو مات قبل إكمال التعانه وذلك لأن الشرع إنما رتب هذه الأحكام على اللعان التام والحكم لا يثبت قبل كمال سببه. وإن ماتت المرأة قبل اللعان فقد ماتت على الزوجية ويرثها في قول عامة أهل العلم. وروي عن ابن عباس إن التعن لم يرث، ونحو ذلك عن الشعبي وعكرمة لأن اللعان يوجب فرقة تبين بها فيمنع التوارث كما لو التعن في حياتها.

ولنا: إنها ماتت على الزوجية فورثها كما لو لم يلتعن ولأن اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكم بعد موتها كالطلاق وفارق اللعان في الحياة فإنه يقطع الزوجية على أننا قد ذكرنا أنه لو لاعنها ولم تلتعن هي لم تنقطع الزوجية أيضاً فها هنا أولى. فإن قيل: أليس قد قلتم لو التعن من الولد الميت ونفاه لم يرثه فكذلك الزوجة؟ قلنا: لو التعن الزوج وحده دونها لم ينتف الولد ولم يثبت حكم اللعان على ما ذكرنا ثم الفرق بينهما أنه إذا نفى الولد تبينا أنه لم يكن منه أصلاً في حال من الأحوال والزوجة قد كانت امرأته فيما قبل اللعان وإنما يزيل نكاحها اللعان كما يزيله الطلاق. وإذا ماتت قبله فقد ماتت قبل وجود ما يزيله فيكون موجوداً حال الموت فيوجب التوارث وينقطع بالموت فلا يمكن انقطاعه مرة أخرى، وإن أراد الزوج اللعان ولم تكن طالبت بالحد في حياتها لم يكن له أن يلتعن سواء كان ثم ولد يريد نفيه أو لم يكن، وقال الشافعي: إن كان ثم ولد يريد نفيه فله أن يلتعن وهذا ينبني على أصل وهو أن اللعان إنما يكون بين الزوجين فإن لعان الرجل وحده لا يثبت به حكم وعندهم بخلاف ذلك، فأما إن كانت طالبت بالحد في

حياتها فإن أولياءها يقومون في الطلب به مقامها فإن طولب به فله إسقاطه باللعان. ذكره القاضي وإلا فلا لأنه لا حاجة إليه مع عدم الطلب فإنه لا حد عليه. وقال أصحاب الشافعي: إن كان للمرأة وارث غير الزوج فله اللعان ليسقط الحد عن نفسه وإلا فلا لعدم الحاجة إليه.

فصل: وإذا مات المقذوف قبل المطالبة بالحد سقط ولم يكن لورثته الطلب به وقال أصحاب الشافعي يورث وإن لم يكن طالب به لقول النبي ﷺ: «من ترك حقاً فلورثته» ولأنه حق ثبت له في الحياة يورث إذا طالب به فيورث وإن لم يطالب به كحق القصاص.

ولنا: إنه حد تعتبر فيه المطالبة فإذا لم يوجد الطلب من المالك لم يجب كحد القطع في السرقة. والحديث يدل على أن الحق المتروك يورث وهذا ليس بمتروك، وأما حق القصاص فإنه حق يجوز الاعتياض عنه وينتقل إلى المال بخلاف ما نحن فيه، فأما إن طالب به ثم مات فإنه ترثه العصبات من النسب دون غيرهم لأنه حق يثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح. وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي. ومتى ثبت للعصبات فلهم استيفاؤه وإن طلب أحدهم وحده فله استيفاؤه، وإن عفا بعضهم لم يسقط وكان للباقين استيفاؤه، ولو بقي واحد كان له استيفاء جميعه لأنه حق يراد للردع والزجر فلم يتبعض كسائر الحدود ولا يسقط بإسقاط البعض لأنه يراد لدفع العار عن المقذوف وكل واحد من العصبات يقوم مقامه في استيفائه فيثبت له جميعه كولاية النكاح ويفارق حق القصاص لأن ذلك يفوت إلى بدل ولو أسقطناه ها هنا لسقط حق غير العافي إلى غير بدل فعلى هذا لو قذف امرأته فماتت بعد المطالبة ولها أحد من عصباتها غيره فله استيفاؤه، وإن كان زوجها عصبتها وليس لها أحد سواه سقط وإن كان لها من عصبتها غيره فله الطلب به ولا يسقط بما ذكرنا من أنه يكمل لكل واحد بخلاف القصاص.

فصل: وإذا قذف امرأته وله بينة تشهد بزناها فهو مخير لعانها وبين إقامة البينة لأنهما بينتان فكانت له الخيرة في إقامة أيتهما شاء كمن له بدين شاهدان وشاهد وامرأتان ولأن كل واحدة منهما يحصل بها ما لا يحصل بالأخرى فإنه يحصل باللعان نفي النسب الباطل ولا يحصل ذلك بالبينة ويحصل بالبينة ثبوت زناها وإقامة الحد عليها ولا يحصل باللعان فإن لاعنها ونفى ولدها ثم أراد إقامة البينة فله ذلك فإذا أقامها ثبت موجب اللعان وموجب البينة وإن أقام البينة أولا ثبت الزنا وموجبه ولم ينتف عنه الولد فإنه لا يلزم من الزنا كون الولد منه، وإن أراد لعانها بعد ذلك وليس بينهما ولد يريد نفيه لم يكن له ذلك لأن الحد قد انتفى عنه بإقامة البينة فلا حاجة إليه وإن كان بينهما ولد يريد نفيه فعلى قول القاضي له أن يلاعن وقد ذكرنا ذلك فيما مضى.

فصل: وإن قذفها فطالبته بالحد فأقام شاهدين على إقرارها بالزنا سقط عنه الحد لأنه ثبت تصديقها إياه ولم يجب عليها الحد لأن الحد لا يجب بالإقرار أربع مرات ويسقط بالرجوع عن الإقرار وهل يثبت الإقرار بالزنا بشاهدين؟ قال أبو بكر فيه قولان **أحدهما**: يثبت بشاهدين كسائر الأقارير واختاره. **والثاني**: لا يثبت لأنه لا يثبت به المقر به فلا يثبت به الإقرار به كرجل وامرأتين وإن لم تكن له بينة حاضرة فقال لي بينة غائبة أقيمها على الزنا أمهل اليومين والثلاثة

لأن ذلك قريب فإن أتى بالبينة وإلا حد إلا أن يلاعن إذا كان زوجاً فإن قال قذفتها وهي صغيرة فقالت قذفني وأنا كبيرة وأقام كل واحد منهما بينة بما قال فهما قذفان وكذلك إن اختلفا في الكفر والرق أو الوقت لأنه لا تنافي بينهما إلا أن يكونا مؤرخين تاريخاً واحداً فيسقطان في أحد الوجهين وفي الآخر يقرع بينهما فمن خرجت قرعته قدمت بينته.

فصل: فإن شهد شاهدان أنه قذف فلانة وقذفنا لم تقبل شهادتهما لاعترافهما بعداوته لهما وشهادة العدو لا تقبل على عدوه فإن أبرآه وزالت العداوة ثم شهدا عليه بذلك القذف لم تقبل لأنها ردت للتهمة فلم تقبل بعد كالفاسق إذا شهد فردت شهادته لفسقه ثم تاب وأعادها ولو أنهما ادعيا عليه أنه قذفهما ثم أبرآه وزالت العداوة ثم شهدا عليه بقذف زوجته قبلت شهادتهما لأنهما لم يردا في هذه الشهادة ولو شهدا أنه قذف امرأته ثم ادعيا بعد ذلك أنه قذفهما فإن أضافا دعواهما إلى ما قبل شهادتهما بطلت شهادتهما لاعترافهما أنه كان عدواً لهما حين شهدا عليه وإن لم يضيفاها إلى ذلك الوقت وكان ذلك قبل الحكم بشهادتهما لم يحكم بها لأنه لا يحكم عليه بشهادة عدوين وإن كانا بعد الحكم لم يبطل لأن الحكم تم قبل وجود المانع كظهور الفسق وإن شهدا أنه قذف امرأته وأمنا لم تقبل شهادتهما لأنها ردت في البعض للتهمة فوجب أن ترد للكل وإن شهدا على أبيهما أنه قذف ضرة أمهما قبلت شهادتهما. وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في القديم: لا تقبل لأنهما يجران إلى أمهما نفعاً وهو أنه يلاعنها فتبين ويتوفر على أمهما وليس بشيء لأن لعانه لها ينبني على معرفته بزناها لا على الشهادة عليه بما لا يعترف به وإن شهدا بطلاق الضرة ففيه وجهان: أحدهما: لا تقبل لأنهما يجران إلى أمهما نفعاً وهو توفيره على أمهما. والثاني: تقبل لأنهما لا يجران إلى أنفسهما نفعاً.

فصل: ولو شهد شاهد أنه أقر بالعربية أنه قذفها وشهد آخر أنه أقر بذلك بالعجمية تمت الشهادة لأن الاختلاف في العربية والعجمية عائد إلى الإقرار دون القذف ويجوز أن يكون القذف واحداً والإقرار به في مرتين، وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر يوم الخميس بقذفها وشهد آخر أنه أقر بذلك يوم الجمعة تمت الشهادة لما ذكرناه، وإن شهد أحدهما أنه قذفها بالعربية وشهد الآخر أنه قذفها بالعجمية أو شهد أحدهما أنه قذفها يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة أو شهد أحدهما أنه أقر أنه قذفها بالعربية أو بالعجمية أو شهد أحدهما أنه أقر أنه قذفها بالعربية أو يوم الخميس وشهد وشهد الآخر أنه أقر أنه قذفها بالعجمية أو يوم الجمعة أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة ففيه وجهان:

أحدهما: تكمل الشهادة وهو قول أبي بكر ومذهب أبي حنيفة لأن الوقت ليس ذكره شرطاً في الشهادة بالقذف وكذلك اللسان فلم يؤثر الاختلاف كما لو شهد أحدهما أنه أقر بقذفها يوم الخميس بالعربية وشهد الآخر أنه أقر بقذفها يوم الجمعة بالعجمية.

والآخر: لا تكمل الشهادة وهو مذهب الشافعي لأنهما قذفان لم تتم الشهادة على واحد منهما فلم تثبت كما لو شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة وفارق الإقرار بالقذف فإنه يجوز أن يكون المقر به واحداً أقر به في وقتين بلسانين.

مسألة: قال: (فمتى تلاعنا وفرق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبداً)

في هذه المسألة مسألتان: إحداهما: أن الفرقة بين المتلاعنين لا تحصل إلا بلعانهما جميعاً وهل يعتبر تفريق الحاكم بينهما؟ فيه روايتان:

إحداهما: أنه معتبر فلا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وهو ظاهر كلام الخرقي وقول أصحاب الرأي لقول ابن عباس في حديثه ففرق رسول الله ﷺ بينهما وهذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله وفي حديث عويمر قال: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا يقتضي إمكان إمساكها وأنه وقع طلاقه. ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك لما وقع طلاقه ولا أمكنه إمساكها، ولأن سبب هذه الفرقة يقف على الحاكم فالفرقة المتعلقة به لم تقع إلا بحكم الحاكم كفرقة العنة.

والرواية الثانية: تحصل الفرقة بمجرد لعانهما وهي اختيار أبي بكر وقول مالك وأبي عبيد عنه وأبي ثور وداود وزفر وابن المنذر، وروي ذلك عن ابن عباس لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً» رواه سعيد ولأنه معنى يقتضي التحريم المؤبد فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع ولأن الفرقة لو لم تحصل إلا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه كالتفريق للعيب والإعسار، ولوجب أن الحاكم إذا لم يفرق بينهما أن يبقى النكاح مستمراً وقول النبي ﷺ: «لا سبيل لك عليها» يدل على هذا وتفريقه بينهما بمعنى إعلامه لهما بحصول الفرقة وعلى كلتا الروايتين لا تحصل الفرقة قبل تمام اللعان منهما.

وقال الشافعي رحمه الله تعالى: تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده وإن لم تلتعن المرأة لأنها فرقة حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق ولا نعلم أحداً وافق الشافعي على هذا القول وحكي عن البتي أنه لا يتعلق باللعان فرقة لما روي «أن العجلاني لما لاعن امرأته طلقها ثلاثاً فأنفذه رسول الله ﷺ ولو وقعت الفرقة لما نفذ طلاقه وكلا القولين لا يصح لأن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين» رواه عبد الله بن عمر وسهل بن سعد وأخرجهما مسلم وقال سهل فكانت سنة لمن كان بعدهما أن يفرق بين المتلاعنين، وقال عمر: «المتلاعنان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً».

وأما القول الآخر: فلا يصح لأن الشرع إنما ورد بالتفريق بين المتلاعنين ولا يكونان متلاعنين بلعان أحدهما، وإنما فرق النبي ﷺ بينهما بعد تمام اللعان منهما فالقول بوقوع الفرقة قبله تحكم يخالف مدلول السنة وفعل النبي ﷺ، ولأن لفظ اللعان لا يقتضي فرقة فإنه إما أيمان على زناها أو شهادة بذلك، ولولا ورود الشرع بالتفريق بينهما لم يحصل التفريق وإنما ورد

الشرع به بعد لعانهما فلا يجوز تعليقه على بعضه كما لم يجز تعليقه على بعض لعان الزوج ولأنه فسخ ثبت بأيمان مختلفين فلم يثبت بيمين أحدهما كالفسخ لتحالف المتبايعين عند الاختلاف ويبطل ما ذكروه بالفسخ بالعيب أو العتق، وقول الزوج اختاري وأمرك بيدك أو وهبتك لأهلك أو لنفسك وأشباه ذلك كثير، إذا ثبت هذا فإن قلنا إن الفرقة تحصل بلعانهما فلا تحصل إلا بعد إكمال اللعان منهما، وإن قلنا لا تحصل إلا بتفريق الحاكم لم يجز له أن يفرق بينهما إلا بعد كمال لعانهما فإن فرق قبل ذلك كان تفريقه باطلاً وجوده كعدمه وبهذا قال مالك، وقال الشافعي لا تقع الفرقة حتى يكمل الزوج لعانه، وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن: إذا فرق بينهما بعد أن لاعن كل واحد منهما ثلاث مرات أخطأ السنة والفرقة جائزة، وإن فرق بينهما بأقل من ثلاث فالفرقة باطلة لأن من أتى بالثلاث فقد أتى بالأكثر فيتعلق الحكم به.

ولنا: إنه تفريق قبل تمام اللعان فلم يصح كما لو فرق بينهما لأقل من ثلاث أو قبل لعان المرأة ولأنها أيمان مشروعة لا يجوز للحاكم الحكم قبلها بالإجماع فإذا حكم لم يصح حكمه كأيمان المختلفين في البيع وكما قبل الثلاث ولأن الشرع إنما ورد بالتفرق بعد كمال السبب فلم يجز قبله كسائر الأسباب وما ذكروه تحكم لا دليل عليه ولا أصل له ثم يبطل بما إذا شهد بالدين رجل وامرأة واحدة أو بمن توجهت عليه اليمين إذا أتى بأكثر حروفها وبالمسابقة إذا قال من سبق إلى خمس إصابات فسبق إلى ثلاثة وبسائر الأسباب فأما إذا تم اللعان فللحاكم أن يفرق بينهما من غير استئذانهما، لأن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ولم يستأذنهما، وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما فألحق الولد بالمرأة، وروى سفيان عن الزهري عن سهل بن سعد قال: شهدت رسول الله ﷺ فرق بين المتلاعنين أخرجهما سعيد، ومتى قلنا إن الفرقة لا تحصل إلا بتفريق الحاكم فلم يفرق بينهما فالنكاح باق بحاله لأن ما يبطل النكاح لم يوجد فأشبه ما لو لم يلاعن.

فصل: وفرقة اللعان فسخ وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة هي طلاق لأنها فرقة من جهة الزوج تختص النكاح فكانت طلاقاً كالفرقة بقوله أنت طالق.

ولنا: إنها فرقة توجب تحريماً مؤبداً فكانت فسخاً كفرقة الرضاع، ولأن اللعان ليس بصريح في الطلاق ولا نوى به الطلاق لم يكن طلاقاً كسائر ما ينفسخ به النكاح ولأنه لو كان طلاقاً لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة.

فصل: وذكر بعض أهل العلم أن الفرقة إنما حصلت باللعان لأن لعنة الله وغضبه قد وقع بأحدهما لتلاعنهما فإن النبي ﷺ قال عند الخامسة «إنها الموجبة» أي إنها توجب لعنة الله وغضبه ولا نعلم من هو منهما يقيناً ففرقنا بينهما خشية أن يكون هو الملعون فيعلو امرأة غير ملعونة وهذا لا يجوز كما لا يجوز أن يعلو المسلمة كافر ويمكن أن يقال على هذا لو كان هذا الاحتمال مانعاً من دوام نكاحهما لمنعه من نكاح غيرها فإن هذا الاحتمال متحقق فيه، ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة والغضب بأحدهما غير معين فيفضي إلى علو ملعون لغير

ملعونة أو إلى إمساكه لملعونة مغضوب عليها، ويحتمل أن سبب الفرقة النفرة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما إلى صاحبه فإن الرجل إن كان صادقاً فقد أشاع فاحشتها وفضحها على رؤوس الأشهاد وأقامها مقام خزي وحقق عليها اللعنة والغضب وقطع نسب ولدها. وإن كان كاذباً فقد أضاف إلى ذلك بهتها وقذفها بهذه الفرية العظيمة والمرأة إن كانت صادقة فقد أكذبته على رؤوس الأشهاد وأوجبت عليه لعنة الله تعالى وإن كانت كاذبة فقد أفسدت فراشه وخانته في نفسها وألزمته العار والفضيحة وأحوجته إلى هذا المقام المخزي فحصل لكل واحد منهما نفرة من صاحبه لما حصل إليه من إساءته لا يكاد يلتئم لهما معها حال فاقتضت حكمة الشارع انحتام الفرقة بينهما وإزالة الصحبة المتمحضة مفسدة ولأنه إن كان كاذباً عليها فلا ينبغي أن يسلط على إمساكها مع ما صنع من القبيح إليها وإن كان صادقاً فلا ينبغي أن يمسكها مع علمه بحالها ولهذا قال العجلاني كذبت عليها إن أمسكتها.

المسألة الثانية: أنها تحرم عليه باللعان تحريماً مؤبداً فلا تحل له وإن أكذب نفسه في ظاهر المذهب ولا خلاف بين أهل العلم في أنه إذا لم يكذب نفسه لا تحل له إلا أن يكون قولاً شاذاً وأما إذا أكذب نفسه فالذي رواه الجماعة عن أحمد أنها لا تحل له أيضاً وجاءت الأخبار عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن مسعود رضي الله عنهم أن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً، وبه قال الحسن وعطاء وجابر بن زيد والنخعي والزهري والحكم ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأبو يوسف، وعن أحمد رواية أخرى إن أكذب نفسه حلت له وعاد فراشه بحاله وهي رواية شاذة شذ بها حنبل عن أصحابه قال أبو بكر لا نعلم أحداً رواها غيره، وينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرق بينهما الحاكم فأما مع تفريق الحاكم بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله وقد ذكرنا أن مذهب البتي أن اللعان لا يتعلق به فرقة وعن سعيد بن المسيب إن أكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب، وبه قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن لأن فرقة اللعان عندهما طلاق وقال سعيد بن جبير إن أكذب نفسه ردت إليه ما دامت في العدة.

ولنا: ما روى سهل بن سعد قال: «مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً» رواه الجوزجاني في كتابه بإسناده وروي مثل هذا عن الزهري ومالك ولأنه تحريم لا يرتفع قبل الحد والتكذيب فلم يرتفع بهما كتحريم الرضاع.

فصل: فإن كانت أمة فاشتراها ملاعنها لم تحل له لأن تحريمها تحريم مؤبد فحرمت به على مشتريها كالرضاع، ولأن المطلق ثلاثاً إذا اشترى مطلقته لا تحل له قبل زوج وإصابة فها هنا أولى لأن هذا التحريم مؤبد وتحريم الطلاق ليس بمؤبد ولأن تحريم الطلاق يختص النكاح وهذا لا يختص به وهذا مذهب الشافعي.

مسألة: قال: (فإن أكذب نفسه فلها عليه الحد)

وجملة ذلك: أن الرجل إذا قذف امرأته ثم أكذب نفسه فلها عليه الحد سواء أكذبها قبل لعانها أو بعده وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً وذلك لأن اللعان أقيم مقام البينة في حق الزوج فإذا أكذب نفسه بان أن لعانها كذب وزيادة في هتكها وتكرار لقذفها فلا أقل من أن يجب الحد الذي كان واجباً بالقذف المجرد فإن عاد عن إكذاب نفسه وقال لي بينة أقيمها بزناها أو أراد إسقاط الحد عنه باللعان لم يسمع منه لأن البينة واللعان لتحقيق ما قاله وقد أقر بكذب نفسه فلا يسمع منه خلافه وهذا فيما إذا كانت المقذوفة محصنة فإن كانت غير محصنة فعليه التعزير.

فصل: ويلحقه نسب الولد سواء كان الولد حياً أو ميتاً غنياً كان أو فقيراً وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وقال الثوري إذا استلحق الولد الميت نظرنا فإن كان ذا مال لم يلحقه لأنه إنما يدعي مالاً وإن لم يكن ذا مال لحقه، وقال أصحاب الرأي: إن كان الولد الميت ترك ولداً ثبت نسبه من المستلحق وتبعه نسب ابنه وإن لم يكن ترك ولداً لم يصح استلحاقه ولم يثبت نسبه ولا يرث منه المدعي شيئاً لأن نسبه منقطع بالموت فلم يصح استلحاقه فإذا كان له ولد كان مستلحقاً لولده وتبعه نسب الميت.

ولنا: إن هذا ولد نفاه باللعان فكان له استلحاقه كما لو كان حياً أو كان له ولد ولأن ولد الولد يتبع نسب الولد وقد جعل أبو حنيفة نسب الولد تابعاً لنسب ابنه فجعل الأصل تابعاً للفرع وذلك باطل، فأما قول الثوري إنه إنما يدعي مالاً قلنا إنما يدعي النسب والميراث والمال تبع له، فإن قيل فهو متهم في أن غرضه حصول الميراث قلنا إن النسب لا تمنع التهمة لحوقه بدليل أنه لو كان له أخ يعاديه فأقر بابن لزمه وسقط ميراث أخيه ولو كان الابن حياً وهو غني والأب فقير فاستلحقه فهو متهم في إيجاب نفقته على ابنه ويقبل قوله فكذلك ها هنا، ثم كان ينبغي أن يثبت النسب ها هنا لأنه حق للولد ولا تهمة فيه ولا يثبت الميراث المختص بالتهمة، ولا يلزم من انقطاع الأصل، قال القاضي ويتعلق باللعان أربعة أحكام: حقان عليه وجوب الحد ولحوق النسب، وحقان له الفرقة والتحريم المؤبد فإذا أكذب نفسه قبل قوله فيما عليه فلزمه الحد والنسب فلم يقبل فيما له فلم تزل الفرقة ولا التحريم المؤبد.

فصل: فإن لم يكذب نفسه ولكن لم يكن له بينة ولا لاعن أقيم عليه الحد فإن أقيم عليه بعضه فبذل اللعان وقال أنا ألاعن قبل منه لأن اللعان يسقط جميع الحد فيسقط بعضه كالبينة، فإن ادعت زوجته أنه قذفها بالزنا فأنكر فأقامت عليه بينة أن قذفها بالزنا فقال صدقت البينة وليس ذلك قذفاً لأن القذف الرمي بالزنا كذباً وأنا صادق فيما رميتها به لم يكن ذلك إكذاباً لنفسه لأنه مصر على رميها بالزنا وله إسقاط الحد باللعان، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كمذهبنا، فإن قال ما زنت ولا رميتها بالزنا فقامت البينة عليه بقذفها لزمه الحد ولم تسمع بينته ولا لعانه نص عليه أحمد لأن قوله ما زنت تكذيب للبينة واللعان فلا تثبت له حجة قد أكذبها وجرى هذا مجرى قوله في الوديعة إذا ادعيت عليه فقال ما أودعتني فقامت عليه البينة بالوديعة

فادعى الرد أو التلف لم يقبل ولو أجاب بأنه ما له عندي شيء ولا يستحق علي شيئاً فقامت عليه البينة فادعى الرد أو التلف قبل منه.

مسألة: قال: (وإن قذفها وانتفى من ولدها وتم اللعان بينهما بتفريق الحاكم نفي عنه إذا ذكره في اللعان)

وجملة ذلك: أن الزوج إذا ولدت امرأته ولداً يمكن كونه منه فهو ولده في الحكم لقول النبي ﷺ: «الولد للفراش» ولا ينتفي عنه إلا أن ينفيه باللعان التام الذي اجتمعت شروطه وهي أربعة:

أحدها: أن يوجد باللعان منهما جميعاً وهذا قول عامة أهل العلم، وقال الشافعي ينتفي بلعان الزوج وحده لأن نفي الولد إنما كان بيمينه والتعانه لا بيمين المرأة على تكذيبه، ولا معنى ليمين المرأة في نفي النسب وهي تثبته وتكذب قول من ينفيه وإنما لعانها لدرء الحد منها كما قال الله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ [النور: ٨]

ولنا: إن النبي ﷺ إنما نفى الولد عنه بعد تلاعنهما فلا يجوز النفي ببعضه كبعض لعان الزوج.

والثاني: أن تكمل ألفاظ اللعان منهما جميعاً.

الشرط الثالث: أن يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة فإن بدأ بلعان المرأة لم يعتد به وبه قال أبو ثور وابن المنذر، وقال مالك وأصحاب الرأي: إن فعل أخطأ السنة والفرقة جائزة وينتفي الولد عنه لأن الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو. وهي لا تقتضي ترتيبها، ولأن اللعان قد وجد منهما جميعاً فأشبه ما لو رتبت، وعند الشافعي لا يتم اللعان إلا بالترتيب إلا أنه يكفي عنده لعان الرجل لنفي الولد وذلك حاصل مع إخلاله بالترتيب وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة.

ولنا: إنه أتي باللعان على غير ما ورد به القرآن والسنة فلم يصح كما لو اقتصر على لفظة واحدة، ولأن لعان الرجل بينته لإثبات زناها ونفي ولدها ولعان المرأة للإنكار فقدمت بينة الإثبات كتقديم الشهود على الأيمان، ولأن لعان المرأة لدرء العذاب عنها ولا يتوجه عليها ذلك إلا بلعان الرجل فإذا قدمت لعانها على لعانه فقد قدمته على وقته فلم يصح كما لو قدمته على القذف.

الشرط الرابع: أن يذكر نفي الولد في اللعان فإذا لم يذكر لم ينتف إلا أن يعيد اللعان ويذكر نفيه وهذا ظاهر كلام الخرقي واختيار القاضي ومذهب الشافعي وقال أبو بكر ولا يحتاج إلى ذكر الولد ونفيه وينتفي بزوال الفراش. ولأن حديث سهل بن سعد الذي وصف فيه اللعان لم يذكر فيه الولد وقال فيه ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى

ولدها. رواه أبو داود. وفي حديث رواه مسلم عن عبد الله أن رجلاً لاعن امرأته على عهد رسول الله ﷺ ففرق النبي ﷺ بينهما وألحق الولد بأمه.

ولنا: إن من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطاً كالمرأة ولأن غاية ما في اللعان أن يثبت زناها وذلك لا يوجب نفي الولد كما لو أقرت به أو قامت به بينة فأما حديث سهل بن سعد فقد روي فيه وكانت حاملاً فأنكر حملها من رواية البخاري،' وروى ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة. والزيادة من الثقة مقبولة. فعلى هذا لا بد من ذكر الولد فى كل لفظة ومع اللعن في الخامسة لأنها من لفظات اللعان.

وذكر الخرقي شرطاً خامساً: وهو تفريق الحاكم بينهما وهذا على الرواية التي تشترط تفريق الحاكم لوقوع الفرقة، فأما على الرواية الأخرى فلا يشترط تفريق الحاكم لنفي الولد كما لا يشترط لدرء الحد عنه ولا لفسخ النكاح. وشرط أيضاً شرطاً سادساً وهو أن يكون قد قذفها وهذا شرط اللعان فإنه لا يكون إلا بعد القذف وسنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: وإن ولدت امرأته توأمين وهو أن يكون بينهما دون ستة أشهر فاستلحق أحدهما ونفى الآخر لحقا به لأن الحمل الواحد لا يجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره فإذا ثبت نسب أحدهما منه ثبت نسب الآخر ضرورة فجعلنا ما نفاه تابعاً لما استلحقه ولم نجعل ما أقر به تابعاً لما نفاه لأن النسب يحتاط لإثباته لا لنفيه ولهذا لو أتت امرأته بولد يمكن كونه منه ويمكن أن يكون من غيره ألحقناه به احتياطاً ولم نقطعه عنه احتاطاً لنفيه، فإن كان قد قذف أمها فطالبته بالحد فله إسقاطه باللعان، وحكي عن القاضي أنه يحد ولا يملك إسقاطه باللعان وهو مذهب الشافعي لأنه باستلحاقه اعترف بكذبه في قذفه فلم يسمع إنكاره بعد ذلك.

ووجه الأول أنه لا يلزم من كون الولد منه انتفاء الزنا عنها كما لا يلزم من وجود الزنا منها كون الولد منه ولذلك لو أقرت بالزنا أو قامت به بينة لم ينتف الولد عنه فلا تنافي بين لعانه وبين استلحاقه للولد، وإن استلحق أحد التوأمين وسكت عن الآخر لحقه لأنه لو نفاه للحقه فإذا سكت عنه كان أولى، ولأن امرأته متى أتت بولد لحقه ما لم ينفه عنه باللعان. وإن نفى أحدهما وسكت عن الآخر لحقاه جميعاً. فإن قيل ألا نفيتم المسكوت عنه لأنه قد نفى أخاه وهما حمل واحد؟ قلنا لحوق النسب مبني على التغليب وهو يثبت بمجرد الإمكان وإن كان لم يثبت الوطء ولا ينتفي الإمكان للنفي فافترقا فإن أتت بولد فنفاه ولاعن لنفيه ثم ولدت آخر لأقل من ستة أشهر لم ينتف الثاني باللعان الأول لأن اللعان تناول الأول وحده ويحتاج في نفي الثاني إلى لعان ثان. ويحتمل أنه ينتفي بنفيه من غير حاجة إلى لعان ثان لأنهما حمل واحد وقد لاعن لنفيه مرة فلا يحتاج إلى لعان ثان ذكره القاضي فإن أقر بالثاني لحقه هو والأول لما ذكرناه. وإن سكت عن نفيه لحقاه أيضاً فأما إن نفى الولد باللعان ثم أتت بولد آخر بعد ستة أشهر فهذا من حمل آخر فإنه لا يجوز أن يكون بين ولدين من حمل واحد مدة الحمل، ولو أمكن لم تكن هذه مدة حمل كامل

فإن نفى هذا الولد باللعان انتفى ولا ينتفي بغير اللعان لأنه حمل منفرد. وإن استلحقه أو ترك نفيه لحقه وإن كانت قد بانت باللعان لأنه يمكن أن يكون قد وطئها بعد وضع الأول، وإن لاعنها قبل وضع الأول فأتت بولد ثم ولدت آخر بعد ستة أشهر لم يلحقه الثاني لأنها بانت باللعان وانقضت عدتها بوضع الأول وكان حملها الثاني بعد انقضاء عدتها في غير نكاح فلم يحتج إلى نفيه.

فصل: وإن مات أحد التوأمين أو ماتا معاً فله أن يلاعن لنفي نسبهما وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه نسب الحي ولا يلاعن إلا لنفي الحد لأن الميت لا يصح نفيه باللعان فإن نسبه قد انقطع بموته فلا حاجة إلى نفيه باللعان كما لو ماتت امرأته فإنه لا يلاعنها بعد موتها لقطع النكاح لكونه قد انقطع وإذا لم ينتف الميت لم ينتف الحي لأنهما حمل واحد.

ولنا: إن الميت ينسب إليه فيقال ابن فلان ويلزمه تجهيزه وتكفينه فكان له نفي نسبه وإسقاط مؤنته كالحي وكما لو كان للميت ولد.

مسألة: قال: (وإن أكذب نفسه بعد ذلك لحقه الولد)

وجملة ذلك: أن الرجل إذا لاعن امرأته ونفى ولدها ثم أكذب نفسه لحقه الولد إذا كان حياً بغير خلاف بين أهل العلم وإن كان ميتاً لحقه نسبه أيضاً في قول أكثر أهل العلم سواء كان له ولد أو لم يكن وسواء خلف مالاً أو لم يخلف وذلك لأن النسب حق للولد فإذا أقر به لزمه وسواء تقدم إنكاره له أو لم يكن ولأن سبب نفيه عنه نفيه له فإذا أكذب نفسه فقد زال سبب النفي وبطل فوجب أن يلحقه نسبه بحكم النكاح الموجب للحوق نسبه به.

فصل: والقذف على ثلاثة أضرب: واجب: وهو أن يرى امرأته تزني في طهر لم يطأها فيه فإنه يلزمه اعتزالها حتى تنقضي عدتها فإذا أتت بولد لستة أشهر من حين الزنا وأمكنه نفيه عنه لزمه قذفها ونفي ولدها لأن ذلك يجري مجرى اليقين في أن الولد من الزاني فإذا لم ينفه لحقه الولد وورثه وورث أقاربه وورثوا منه ونظر إلى بناته وأخواته وليس ذلك بجائز فيجب نفيه لإزالة ذلك ولو أقرت بالزنا ووقع في قلبه صدقها فهو كما لو رآها. الثاني: أن يراها تزني أو يثبت عنده زناها وليس ثم ولد يلحقه نسبه أو ثم ولد لكن لا يعلم أنه من الزنا أو يخبره بزناها ثقة يصدقه أو يشيع في الناس أن فلاناً يفجر بفلانة ويشاهده عندها أو داخلاً إليها أو خارجاً من عندها أو يغلب على ظنه فجورها فهذا له قذفها لأنه روي عن عبد الله أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم جلدتموه، أو قتل قتلتموه، أو سكت سكت على غيظ، فذكر أنه يتكلم أو يسكت ولم ينكر عليه النبي ﷺ ولأن النبي ﷺ لم ينكر على هلال والعجلاني قذفهما حين رأيا وإن سكت جاز وهو أحسن لأنه يمكنه فراقها بطلاقها ويكون فيه سترها وستر نفسه وليس ثم ولد يحتاج إلى نفيه.

الحال الثالث: محرم وهو ما عدا ذلك من قذف أزواجه والأجانب فإنه من الكبائر

قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي ٱلدُّنْيَا وَٱلْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النور: ٢٣] وقال النبيّ ﷺ: «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين» رواه أبو داود.

قوله: «وهو ينظر إليه» يعني يراه منه فكما حرم الله على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم حرم على الرجل جحد ولده ولا يجوز قذفها بخبر من لا يوثق بخبره لأنه غير مأمون على الكذب عليها ولا برؤيته رجلاً خارجاً من عندها من غير أن يستفيض زناها لأنه يجوز أن يكون دخل سارقاً أو هارباً أو لحاجة أو لغرض فاسد فلم يمكنه ولا لاستفاضة ذلك في الناس من غير قرينة تدل على صدقهم لاحتمال أن يكون أعداؤها أشاعوا ذلك عنها وفيه وجه آخر أنه يجوز لأن الاستفاضة أقوى من خبر الثقة ولا بمخالفة الولد لون والديه أو شبههما ولا لشبهه بغير والديه لما روى أبو هريرة قال: جاء رجل من بني فزارة إلى النبي ﷺ فقال إن امرأتي جاءت بولد أسود يعرض بنفيه فقال له النبي ﷺ «هل لك من إبل؟» قال نعم قال: «فما ألوانها؟» قال: حمر. قال: «هل فيها من أورق؟» قال إن فيها أورقاً قال: «فأنى أتاها ذلك؟» قال: عسى أن يكون نزعه عرق قال: «فهذا عسى أن يكون نزعه عرق» قال ولم يرخص له في الانتفاء منه. متفق عليه. ولأن الناس كلهم من آدم وحواء وألوانهم وخلقهم مختلفة فلولا مخالفتهم شبه والديهم لكانوا على خلقة واحدة ولأن دلالة الشبه ضعيفة ودلالة ولادته على الفراش قوية فلا يجوز ترك القوي لمعارضة الضعيف ولذلك لما تنازع سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة ورأى النبي ﷺ فيه شبهاً بيناً بعتبة ألحق الولد بالفراش وترك الشبه وهذا اختيار أبي عبد الله بن حامد وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي.

وذكر القاضي وأبو الخطاب أن ظاهر كلام أحمد جواز نفيه وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لقول النبيّ ﷺ في حديث اللعان «إن جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الإليتين فهو للذي رميت به» فأتت به على النعت المكروه فقال النبي ﷺ: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» فجعل الشبه دليلاً على نفيه عنه والصحيح الأول وهذا الحديث إنما يدل على نفيه عنه مع إياه تقدم من لعانه ونفيه إياه عن نفسه. فجعل الشبه مرجحاً لقوله ودليلاً على تصديقه وما تقدم من الأحاديث يدل على عدم استقلال الشبه بالنفي، ولأن هذا كان في موضع زال الفراش وانقطع نسب الولد عن صاحبه فلا يثبت مع بقاء الفراش المقتضي لحوق نسب الولد بصاحبه وإن كان يعزل عن امرأته فأتت بولد لم يبح له نفيه لما ذكرنا من حديث جابر وأبي سعيد.

وعن أبي سعيد أنه قال يا رسول الله إنا نصيب من النساء ونحب الأثمان أفنعزل عنهن؟ قال: «إن الله إذا قضى خلق نسمة خلقها» ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فتعلق. وأما إن كان لا يطؤها إلا دون الفرج أو في الدبر فأتت بولد فذكر أصحابنا أنه ليس له نفيه لأنه لا يأمن أن يسبق الماء إلى الفرج فيعلق به وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وهو بعيد لأنه من

أحكام الوطء في الفرج فلا يتعلق بما دونه كسائر الأحكام ودلالة عدم الوطء في الفرج على انتفاء الولد أشد من دلالة مخالفة الولد لون والديه، فأما إن وجد أحد هذه الوجوه التي ذكرنا مع الزنا ويحتمل كونه منه أو من الزاني مثل إن زنت في طهر أصابها فيه أو زنت فلم يعتزلها ولكنه كان يعزل عنها أو كان لا يطؤها إلا دون الفرج أو كان الولد شبيهاً بالزاني دونه لزمه نفيه لأن هذا مع الزنا يوجب نسبته إلى الزاني بدليل أن النبي ﷺ حكم بولد امرأة هلال لشريك بن سحماء بشبهه له مع لعان هلال لها وقذفه إياها. وأما إذا أتت زوجته بولد فشك فيه من غير معرفته لزناها فلا يحل له قذفها ولا لعانها لما تقدم من حديث الفزاري، وكذلك إن عرف زناها ولم يعلم أن الولد من الزاني ولا وجد دليل عليه فليس له نفيه لأن الولد للفراش وللعاهر الحجر.

فصل: فإن أكرهت زوجته على الزنا في طهر لم يصبها فيه فأتت بولد يمكن أن يكون من الواطىء فهو منه وليس للزوج قذفها بالزنا لأن هذا ليس بزنا منها. وقياس المذهب أنه ليس له نفيه ويلحقه النسب لأن نفي الولد لا يكون إلا باللعان ومن شرط اللعان القذف ولأن اللعان لا يتم إلا بلعان المرأة ولا يصح اللعان من المرأة ها هنا لأنها لا تكذّب الزوج في إكراهها على ذلك وهذا قول أصحاب الرأي.

وذكر بعض أصحابنا في ذلك روايتين: إحداهما: له نفيه باللعان لأنه محتاج إلى نفيه فكان له نفيه كما لو زنت مطاوعة، وهذا مذهب الشافعي وهذا إنما يصح عند الشافعي لأنه يرى نفي الولد بلعان الزوج وحده. وأما من لا يرى ذلك فلا يصح عنده النفي باللعان ها هنا والله تعالى أعلم.

مسألة: قال: (وإن نفى الحمل في التعانه لم ينتف عنه حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن)

اختلف أصحابنا فيما إذا لاعن امرأته وهي حامل ونفى حملها في لعانه فقال الخرقي وجماعة لا ينتفي الحمل بنفيه قبل الوضع ولا ينتفي حتى يلاعنها بعد الوضع وينتفي الولد فيه، وهذا قول أبي حنيفة وجماعة من أهل الكوفة لأن الحمل غير مستيقن يجوز أن يكون ريحاً أو غيرها فيصير نفيه مشروطاً بوجوده ولا يجوز تعليق اللعان بشرط، وقال مالك والشافعي وجماعة من أهل الحجاز يصح نفي الحمل وينتفي عنه محتجين بحديث هلال وأنه نفى حملها فنفاه عنه النبي ﷺ وألحقه بالأول ولا خفاء بأنه كان حملاً ولهذا قال النبي ﷺ: «انظروها فإن جاءت به» كذا وكذا قال ابن عبد البر الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة وأوردها ولأن الحمل مظنون بأمارات تدل عليه ولهذا ثبتت للحامل أحكام تخالف بها الحائل من النفقة والفطر في الصيام وترك إقامة الحد عليها وتأخير القصاص عنها وغير ذلك مما يطول ذكره ويصح استلحاق الحمل فكان كالولد بعد وضعه وهذا القول هو الصحيح لموافقته ظواهر الأحاديث وما خالف الحديث لا يعبأ به كائناً ما كان، وقال أبو بكر ينتفي الولد بزوال الفراش ولا يحتاج إلى ذكره في اللعان احتجاجاً بظاهر

الأحاديث حيث لم ينقل فيها نفي الحمل ولا التعرض لنفيه، وقد ذكرنا ذلك فأما من قال إن الولد لا ينتفي إلا بنفيه بعد الوضع فإنه يحتاج في نفيه إلى إعادة اللعان بعد الوضع، وقال أبو حنيفة ومن وافقه إن لاعنها حاملاً ثم أتت بالولد لزمه ولم يتمكن من نفيه لأن اللعان لا يكون إلا بين الزوجين وهذه قد بانت بلعانها في حال حملها، وهذا فيه إلزامه ولداً ليس منه وسد باب الانتفاء من أولاد الزنا والله تعالى قد جعل له إلى ذلك طريقاً فلا يجوز سده وإنما تعتبر الزوجية في الحال التي أضاف الزنا إليها فيه لأن الولد الذي تأتي به يلحقه إذا لم ينفه فيحتاج إلى نفيه وهذه كانت زوجة في تلك الحال فملك نفي ولدها والله أعلم.

فصل: وإن استلحق الحمل فمن قال لا يصح نفيه قال لا يصح استلحاقه وهو المنصوص عن أحمد ومن أجاز نفيه قال لا يصح استلحاقه وهو مذهب الشافعي لأنه محكوم بوجوده بدليل وجوب النفقة ووقف الميراث فصح الإقرار به كالمولود وإذا استلحقه لم يملك نفيه بعد ذلك كما لو استلحقه بعد الوضع ومن قال لا يصح استلحاقه قال لو صح استلحاقه لزمه بترك نفيه كالمولود ولا يلزمه ذلك بالإجماع ولأن للشبه أثراً في الإلحاق بدليل حديث الملاعنة وذلك مختص بما بعد الوضع فاختص صحة الاستلحاق به فعلى هذا لو استلحقه ثم نفاه بعد وضعه كان له ذلك فأما إن سكت عنه فلم ينفه ولم يستلحقه لم يلزمه عند أحد علمنا قوله لأن تركه يحتمل أن يكون لأنه لا يتحقق وجوده إلا أن يلاعنها فإن أبا حنيفة ألزمه الولد على ما أسلفناه.

فصل: وإذا ولدت امرأته ولداً فسكت عن نفيه مع إمكانه لزمه نسبه ولم يكن له نفيه بعد ذلك، وبهذا قال الشافعي قال أبو بكر لا يتقدر ذلك بثلاث بل هو على ما جرت به العادة إن كان ليلاً فحتى يصبح وينتشر الناس، وإن كان جائعاً أو ظمآن فحتى يأكل أو يشرب أو ينام إن كان ناعساً أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب ويصلي إن حضرته الصلاة ويحرز ماله إن كان غير محرز وأشباه ذلك من أشغاله فإن أخره بعد هذا كله لم يكن له نفيه، وقال أبو حنيفة له تأخير نفيه يوماً ويومين استحساناً لأن النفي عقيب الولادة يشق فقدر باليومين لقلته، وقال أبو يوسف ومحمد يتقدر بمدة النفاس لأنها جارية مجرى الولادة في الحكم، وحكي عن عطاء ومجاهد أن له نفيه ما لا لم يعترف به فكان له نفيه كحالة الولادة.

ولنا: إنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على الفور كخيار الشفعة، وقول النبي ﷺ: «الولد للفراش» عام خرج منه ما اتفقنا عليه مع السنة الثابتة فما عداه يبقى على عموم الحديث، وما ذكره أبو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب والأخذ بالشفعة وتقديره بمدة النفاس تحكم لا دليل عليه، وما قاله عطاء يبطل أيضاً بما ذكرناه، ولا يلزم القصاص لأنه لاستيفاء حق لا لدفع ضرر ولا الحمل لأنه لم يتحقق ضرره.

إذا ثبت هذا: فهل يتقدر الخيار في النفي بمجلس العلم أو بإمكان النفي على وجهين بناء على المطالبة بالشفعة فإن أخر نفيه عن ذلك ثم ادعى أنه لا يعلم بالولادة وأمكن صدقه بأن

يكون في موضع يخفى عليه ذلك مثل أن يكون في محلة أخرى فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم العلم، وإن لم يمكن مثل أن يكون معها في الدار لم يقبل لأن ذلك لا يكاد يخفى عليه، وإن قال علمت ولادته ولم أعلم أن لي نفيه أو علمت ذلك ولم أعلم أنه على الفور وكان ممن يخفى عليه ذلك كعامة الناس قبل منه لأن هذا مما يخفى عليهم فأشبه ما لو كان حديث عهد بالإسلام، وإن كان فقيهاً لم يقبل ذلك منه لأنه مما لا يخفى عليه ذلك، ويحتمل أن يقبل منه لأن الفقيه يخفى عليه كثير من الأحكام، وقال أصحابنا لا يقبل ذلك من الفقيه ويقبل من الناشيء ببادية وحديث العهد بالإسلام، وهل يقبل من سائر العامة؟ على وجهين وإن كان له عذر يمنعه من الحضور لنفيه كالمرض والحبس أو الاشتغال بحفظ مال يخاف ضيعته أو بملازمة غريم يخاف قوته أو غيبته نظرت فإن كانت مدة ذلك قصيرة فأخره إلى الحضور ليزول عذره لم يبطل نفيه لأنه بمنزلة من علم ذلك ليلاً فأخره إلى الصبح وإن كانت تتطاول فأمكنه التنفيذ إلى الحاكم ليبعث إليه من يستوفي عليه اللعان والنفي فلم يفعل سقط نفيه فإن لم يمكنه أشهد على نفسه أنه ناف لولد امرأته فإن لم يفعل بطل خياره لأنه لم يقدر على نفيه كان الإشهاد قائماً مقامه كما يقيم المريض الفيئة بقوله بدلاً عن الفيئة بالجماع فإن قال لم أصدق المخبر عنه نظرت فإن كان مستفيضاً منتشراً لم يقبل قوله. وإن لم يكن مستفيضاً وكان المخبر مشهور العدالة لم يقبل وإلا قبل. وإن قال لم أعلم أن علي ذلك قبل قوله لأنه مما يخفى، وإن علم وهو غائب فأمكنه السير فاشتغل به لم يبطل خياره. وإن أقام من غير حاجة بطل لأنه أخره لغير عذر، وإن كانت له حاجة تمنعه من السير فهو على ما ذكرنا من قبل. وإن أخر نفيه لغير عذر وقال أخرت نفيه رجاء أن يموت فأستر عليه وعلي بطل خياره لأنه أخر نفيه مع الإمكان لغير عذر.

فصل: فإن هنيء به فأمن على الدعاء لزمه في قولهم جميعاً، وإن قال أحسن الله جزاءك أو بارك الله عليك أو رزقك الله مثله لزمه الولد، وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي: لا يلزمه لأنه جازاه على قصده، وإذا قال رزقك الله مثله فليس ذلك إقراراً ولا متضمناً له.

ولنا: إن ذلك جواب الراضي في العادة فكان إقراراً كالتأمين على الدعاء وإن سكت كان إقراراً، ذكره أبو بكر لأن السكوت صلح دال على الرضى في حق البكر. وفي مواضع أخر فها هنا أولى وفي كل موضع لزمه الولد لم يكن له نفيه بعد ذلك في قول جماعة أهل العلم منهم الشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي. وقال الحسن له أن يلاعن لنفيه ما دامت أمه عنده يصير لها الولد، ولو أقر به والذي عليه الجمهور أولى فإنه أقر به فلم يملك جحده كما لو بانت منه أمه ولأنه أقر بحق عليه لم يقبل منه جحده كسائر الحقوق.

مسألة: قال: (ولو جاءت امرأته بولد فقال لم تزن ولكن ليس هذا الولد مني فهو ولده في الحكم ولا حد عليه لها)

وجملة ذلك أن المرأة إذا ولدت فقال زوجها ليس هذا الولد مني أو قال ليس هذا ولدي فلا حد عليه لأن هذا ليس بقذف بظاهره لاحتمال أنه يريد أنه من زوج آخر، أو من وطء

بشبهة أو غير ذلك ولكنه يسأل فإن قال زنت فولدت هذا من الزنا فهذا قذف يثبت بـه اللعان، وإن قال أردت أن لا يشبهني خلقاً ولا خلقـاً فقالت بـل أردت قذفي. فـالقول قـوله لأنـه أعلم بمراده لا سيما إذا صرح بقوله لم تزن، وإن قال وطئت بشبهة والولد من الواطىء فـلا حد عليـه أيضاً لأنه لم يقذفها ولا قذف واطئها، وإن قال أكرهت على الزنـا فلا حـد أيضاً لأنـه لم يقذفهـا ولا لعان في هذه المواضع لأنه لم يقذفها ومن شرط اللعان القـذف ويلحقه نسب الـولد. وبهـذا قال أبو حنيفة.

وذكر القاضي أن في هذه الصورة الأخـرة رواية أخـرى أن له اللعـان لأنه محتـاج إلى نفي الولد بخلاف ما إذا قال وطئت بشبهة فإنه يمكن نفي النسب بعرض الولد على القـافـة فيستغنى بذلك عن اللعان فلا يشرع كما لا يشرع لعان أمته لما أمكن نفي نسب ولدها بدعوى الاستـبراء وهذا مذهب الشافعي.

ولنا: إن اللعان إنما ورد به الشرع بعد القذف في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦] الآيـة، ولما لاعن النبي ﷺ، بـين هلال وامـرأته كان بعد قذفه إياها وكذلك لما لاعن بين عويمر العجلاني وامرأته كان بعد قذفـه إياهـا ولا يثبت الحكم إلا في مثله ولأن نفي اللعان إنما ينتفي به الولـد بتمامـه منهما ولا يتحقق اللعـان من المرأة ها هنا، فأما إن قال وطئك فلان بشبهة وأنت تعلمين الحال فقـد قذفهـا وله لعـانها ونفي نسب ولدها، وقال القاضي ليس له نفيه باللعان، وكذلك قال أصحاب الشافعي لأنه يمكنه نفي نسبه بعرضه على القاذفة فأشبه ما لو قال واشتبه عليك أيضاً.

ولنـا: أنه رام لـزوجته فيـدخل في عمـوم قولـه تعـالى: ﴿وَٱلَّـذِينَ يَـرْمُـونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النـور: ٦]، ولأنه رام لـزوجته بـالزنـا فملك لعانها ونفى ولـدها كـما لو قـال: زنى بـك فـلان. وما ذكروه لا يصح فإنه قد لا يوجد قافة وقد لا يعترف الرجل بما نسب إليه أو يغيب أو يمـوت، فلا ينتفي الولد وإن قال ما ولدته وإنما التقطته أو استعرته فقالت بل هو ولدي منك لم يقبل قول المرأة إلا ببينة وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لأن الولادة يمكن إقامة البينة عليهـا والأصل عدمها فلم تقبل دعواها من غـير بينة كـالدين قـال القاضي وكـذلك لا تقبـل دعواهـا للولادة فيما إذا علق طلاقها بها ولا دعـوى الأمة لهـا لتصير بهـا أم ولد ويقبـل قولها فيها لتقضي عدتها بها، فعلى هذا لا يلحقه الولد إلا أن تقيم بينة وهي امرأة مرضية تشهـد بولادتهـا له فـإذا ثبتت ولادتها له لحقه نسبه لأنه ولد على فراشه والولد للفراش.

وذكر القاضي في موضع آخر أن القول قـول المرأة لقـول الله تعالى: ﴿وَلَا يَحِـلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وتحريم كتمانه دليل على قبول قولها فيه ولأنـه خارج من المرأة تنقضي به عدتها فقبل قولها فيه كالحيض ولأنـه حكم يتعلق بالـولادة فقبل قـولها فيه كالحيض. فعلى هذا النسب لاحـق به وهل له نفيه باللعان؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له نفيه لأن إنكاره لولادتها إياه إقرار بأنها لم تلده من زنا فلا يقبل إنكاره لذلك لأنه تكذيب لنفسه. **والثاني**: له نفيه لأنه رام لزوجته وناف لولدها فكان له نفيه باللعان كغيره.

فصل: ومن ولدت امرأته ولداً لا يمكن كونه منه في النكاح لـم يلحقه نسبه ولم يحتج إلى نفيه لأنه يعلم أنه ليس منه فلم يلحقه كما لـو أتت به عقيب نكاحه لها وذلك مثل أن تأتي به لدون ستة أشهر من حين تزوجها فلا يلحق به في قول كلٍ من علمنا قوله من أهل العلم لأننا نعلم أنها علقت به قبل أن يتزوجها، وإن كان الزوج طفلاً له أقل من عشر سنين فأتت امرأته بولد لم يلحقه لأنه لم يوجد ولد لمثله ولا يمكنه الوطء وإن كان له عشر فحملت امرأته لحقه ولدها، لقول النبي ﷺ: «واضربوهم على الصلاة لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع» وقال القاضي يلحق به إذا أتت به لتسعة أعوام ونصف عام مدة الحمل لأن الجارية يولد لها لتسع فكذلك الغلام، وقال أبو بكر لا يلحقه حتى يبلغ لأن الولد إنما يكون من الماء ولا ينزل حتى يبلغ.

ولنا: إنه زمن يمكن البلوغ فيه فيلحقه الولد كالبالغ، وقد روي أن عمرو بن العاص وابنه عبد الله لم يكن بينهما إلا اثنا عشر عاماً. وأمر النبي ﷺ بالتفريق بينهم، دليل على إمكان الوطء الذي هو سبب الولادة، وأما قياس الغلام على الجارية فغير صحيح فإن الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة والغلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع وقد تحيض لتسع وما عهد بلوغ غلام لتسع، ولو تزوج رجل امرأة في مجلس ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم ثم أتت امرأته بولد لستة أشهر من حين العقد أو تزوج مشرقي بمغربية ثم مضت ستة أشهر وأتت بولد لم يلحقه، وبذلك قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يلحقه نسبه لأن الولد إنما يلحقه بالعقد ومدة الحمل، ألا ترى أنكم قلتم إذا مضى زمان الإمكان لحق الولد وإن علم أنه لم يحصل منه الوطء.

ولنا: إنه لم يحصل إمكان الوطء بهذا العقد فلم يلحق به الولد كزوجة ابن سنة أو كما لو ولدته لدون ستة أشهر وفارق ما قاسوا عليه لأن الإمكان إذا وجد لم يعلم أنه ليس منه قطعاً لجواز أن يكون وطئها من حيث لا يعلم ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطء فعلقنا الحكم على إمكانه في النكاح ولم يجز حذف الإمكان عن الاعتبار لأنه إذا انتفى حصل اليقين بانتفائه فلم يجز إلحاقه به مع يقين كونه ليس منه وإن ولدت امرأة مقطوع الذكر والأنثيين لم يلحق نسبه به في قول عامة أهل العلم لأنه يستحيل منه الإنزال والإيلاج، وإن قطعت أنثياه دون ذكره فكذلك. لأنه لا ينزل ما يخلق منه الولد، وقال أصحابنا يلحقه النسب لأنه يتصور منه الإيلاج وينزل ماءً رقيقاً.

ولنا: إن هذا لا يخلق منه ولد عادة ولا وجد ذلك فأشبه ما لو قطع ذكره معهما ولا اعتبار بإيلاج لا يخلق منه الولد كما لو أولج أصبعه. وأما قطع ذكره وحده فإنه يلحقه الولد لأنه يمكن أن يساحق فينزل ماء يخلق منه الولد. ولأصحاب الشافعي اختلاف في ذلك على نحو ما ذكرنا من الخلاف عندنا. قال ابن اللبان لا يلحقه الولد في هاتين الصورتين في قول الجمهور.

وقال بعضهم يلحقه بالفراش وهو غلط لأن الولد إنما يلحق بالفراش إذا أمكن ألا ترى أنها إذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه وها هنا لا يمكن لفقد المني من المسلول وتعذر إيصال المني إلى قعر الرحم من المجبوب. ولا معنى لقول من قال يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل فتحمل لأن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعاً ولذلك يأخذ الشبه منهما وإذا استدخلت المني بغير جماع لم تحدث لها لذة تمني بها فلا يختلط منهما ولو صح ذلك لكان الأجنبيان الرجل والمرأة إذا تصادقا أنها استدخلت منيه وان الولد من ذلك المني يلحقه نسبه وما قال ذلك أحد.

فصل: وإن طلق امرأته وهي حامل فوضعت ولداً ثم ولدت آخر قبل مضي ستة أشهر فهو من الزوج لأننا نعلم أنهما حمل واحد فإذا كان أحدهما منه فالآخر منه. وإن كان بينهما أكثر من ستة أشهر لم يلحق الزوج وانتفى عنه من غير لعان لأنه لا يمكن أن يكون الولدان حملاً واحداً وبينهما مدة الحمل فعلم أنها علقت به بعد زوال الزوجية وانقضاء العدة وكونها أجنبية فهي كسائر الأجنبيات وإن طلقها فاعتدت بالاقراء ثم ولدت ولداً قبل مضي ستة أشهر من آخر إقرائها لحقه لأننا تيقنا أنها لم تحمله بعد انقضاء عدتها ونعلم أنها كانت حاملاً به في زمن رؤية الدم فيلزم أن لا يكون الدم حيضاً فلم تنقض عدتها به. وإن أتت به لأكثر من ذلك لم يلحق بالزوج وهذا قول أبي العباس بن سريج. وقال غيره من أصحاب الشافعي يلحق به لأنه يمكن أن يكون منه والولد يلحق بالإمكان.

ولنا: إنها أتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها في وقت يمكن أن لا يكون منه فلم يلحقه كما لو انقضت عدتها بوضع الحمل وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء الزوجة أو العدة وأما بعدهما فلا يكتفى بالإمكان للحاقه وإنما يكتفى بالإمكان لنفيه وذلك لأن الفراش سبب ومع وجود السبب يكتفى بإمكان الحكمة واحتمالها فإذا انتفى السبب وآثاره فينتفي الحكم لانتفائه ولا يلتفت إلى مجرد الإمكان والله أعلم. فأما إن وضعته قبل انقضاء العدة لأقل من أربع سنين لحق بالزوج ولم ينتف عنه إلا باللعان وإن وضعته لأكثر من أربع سنين. من حين الطلاق وكان بائناً انتفي عنه بغير لعان لأننا علمنا أنها علقت به بعد زوال الفراش. وإن كان رجعياً فوضعته لأكثر من أربع سنين منذ انقضت العدة فكذلك لأنها علقت به بعد البينونة، وإن وضعته لأكثر من أربع سنين منذ الطلاق ولأقل منها منذ انقضت العدة ففيه روايتان: إحداهما: لا يلحقه لأنها لم تعلق به قبل طلاقها فأشبهت البائن والثانية: يلحقه لأنها في حكم الزوجات في السكنى والنفقة والطلاق والظهار والإيلاء والحل في رواية فأشبه ما قبل الطلاق.

فصل: فإن غاب عن زوجته سنين فبلغتها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحاً صحيحاً في الظاهر ودخل بها الثاني وأولدها أولاداً ثم قدم الأول فسخ نكاح الثاني وردت إلى الأول وتعتد من الثاني ولها عليه صداق مثلها والأولاد له لأنهم ولدوا على فراشه. روي ذلك عن علي رضي الله عنه، وهو قول الثوري وأهل العراق وابن أبي ليلى ومالك وأهل الحجاز والشافعي

وإسحاق وأبي يوسف وغيرهم من أهل العلم إلا أبا حنيفة قال: الولد للأول لأنه صاحب الفراش لأن نكاحه صحيح ثابت ونكاح الثاني غير ثابت فأشبه الأجنبي.

ولنا: إن الثاني انفرد بوطئها في نكاح يلحق النسب في مثله فكان الولد له دون غيره كولد الأمة من زوجها يلحقه دون سيدها وفارق الأجنبي فإنه ليس له نكاح.

فصل: وإن وطىء رجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأتت بولد لحقه نسبه وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة. وقال القاضي وجدت بخط أبي بكر أنه لا يلحق به لأن النسب لا يلحق إلا في نكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك ولم يوجد شيء من ذلك، ولأنه وطء لا يستند إلى عقد فلم يلحق الولد فيه بالوطء كالزنا، والصحيح في المذهب الأول.

قال أحمد: كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد، ولأنه وطء اعتقد الواطىء حله فلحق به النسب كالوطء في النكاح الفاسد. وفارق وطء الزنا فإنه لا يعتقد الحل فيه. ولو تزوج رجلان أختين فغلط بهما عند الدخول فزفت كل واحدة منهما إلى زوج الأخرى فوطئها وحملت منه لحق الولد بالواطىء لأنه وطء يعتقد حله فلحق به النسب كالوطء في نكاح فاسد.

وقال أبو بكر لا يكون الولد للواطىء وإنما يكون للزوج. وهذا الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة لأن الولد للفراش، ولنا إن الواطىء انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حياً. والخبر مخصوص بهذا فنقيس عليه ما كان في معناه. وإن وطئت امرأته أو أمته بشبهة في طهر لم يصبها فيه فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء لحق الواطىء وانتفى عن الزوج من غير لعان، وعلى قول أبي بكر وأبي حنيفة يلحق الزوج لأن الولد للفراش، وإن أنكر الواطىء الوطء فالقول قوله بغير يمين ويلحق نسب الولد بالزوج لأنه لا يمكن إلحاقه بالمنكر ولا تقبل دعوى الزوج في قطع نسب الولد. وإن أتت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج بكل حال لأننا نعلم أنه ليس من الواطىء. وإن اشتركا في وطئها في طهر فأتت بولد يمكن أن يكون منهما لحق الزوج لأن الولد للفراش وقد أمكن كونه منه. وإن ادعى الزوج أنه من الواطىء فقال بعض أصحابنا يعرض على القافة معهما فليحق بمن ألحقته به منهما فإن ألحقته بالواطىء لحقه ولم يملك نفيه عن نفسه وانتفى عن الزوج بغير لعان وإن ألحقته بالزوج لحق ولم يملك نفيه باللعان في أصح الروايتين. والأخرى: له ذلك وإن ألحقته بهما لحق بهما ولم يملك الواطىء نفيه عن نفسه، وهل يملك الزوج نفيه باللعان؟ على روايتين، وإن لم توجد قافة أو أنكر الواطىء الوطء أو اشتبه على القافة لحق الزوج لأن المقتضي للحاق النسب به متحقق ولم يوجد ما يعارضه فوجب إثبات حكمه. ويحتمل أن يلحق الزوج بكل حال لأن دلالة قول القافة ضعيفة ودلالة الفراش قوية فلا يجوز ترك دلالته لمعارضة دلالة ضعيفة.

فصل: وإن أتت بولد فادعى أنه من زوج قبله نظرنا فإن كانت تزوجت بعد انقضاء العدة لم يلحق بالأول بحال وإن كان بعد أربع سنين منذ بانت من الأول لم يلحق به أيضاً.

وإن وضعته لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني لم يلحق به وينتفي عنهما وإن كان لأكثر من ستة أشهر فهو ولده. وإن كان لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ولأقل من أربع سنين من طلاق الأول ولم يعلم انقضاء العدة عرض على القافة وألحق بمن ألحقته به منهما فإن ألحقته بالأول انتفى عن الزوج بغير لعان وإن ألحقته بالزوج انتفى عن الأول ولحق الزوج وهل له نفيه باللعان؟ على روايتين.

مسألة: قال: (واللعان الذي يبرأ به من الحد أن يقول الزوج بمحضر من الحاكم: أشهد بالله لقد زنت، ويشير إليها وإن لم تكن حاضرة سماها ونسبها حتى يكمل ذلك أربع مرات، ثم يوقف عند الخامسة ويقال له: اتق الله فإنها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة. فإن أبى إلا أن يتم فليقل: ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، وتقول هي: أشهد بالله لقد كذب أربع مرات، ثم توقف عند الخامسة تخوف كما خوف الرجل فإن أبت إلا أن تتم فلتقل: وغضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا)

في هذه المسألة مسألتان. إحداهما: أن اللعان لا يصح إلا بمحضر من الحاكم أو من يقوم مقامه، وهذا مذهب الشافعي لأن النبي ﷺ «أمر هلال بن أمية أن يستدعي زوجته إليه ولاعن بينهما» ولأنه إما يمين وإما شهادة فأيهما كان فمن شرطه الحاكم. وإن تراضى الزوجان بغير الحاكم يلاعن بينهما لم يصح ذلك لأن اللعان مبني على التغليظ والتأكيد فلم يجز بغير الحاكم كالحد. وسواء كان الزوجان حرين أو مملوكين في ظاهر كلام الخرقي. وقال أصحاب الشافعي: للسيد أن يلاعن بين عبده وأمته لأن له إقامة الحد عليهما.

ولنا: إنه لعان بين زوجين فلم يجز لغير الحاكم أو نائبه كاللعان بين الحرين. ولا نسلم أن السيد يملك إقامة الحد على أمته المزوجة. ثم لا يشبه اللعان الحد لأن الحد زجر وتأديب واللعان إما شهادة وإما يمين فافترقا. ولأن اللعان داريء للحد وموجب له فجرى مجرى إقامة البينة على الزنا والحكم به أو بنفيه. وإن كانت المرأة خفرة لا تبرز لحوائجها بعث الحاكم نائبه وبعث معه عدولاً ليلاعنوا بينهما وإن بعث نائبه وحده جاز لأن الجمع غير واجب.

فصل: ويستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين لأن ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد حضروه مع حداثة أسنانهم. فدل ذلك على أنه حضره جمع كثير لأن الصبيان إنما يحضرون المجالس تبعاً للرجال. ولأن اللعان بني على التغليظ مبالغة في الردع به والزجر وفعله في الجماعة أبلغ في ذلك. ويستحب أن لا ينقصوا عن أربعة لأن بينة الزنا الذي شرع اللعان من أجل الرمي به أربعة وليس شيء من هذا واجباً. ويستحب أن يتلاعنا قياماً، فيبدأ الزوج فيلتعن وهو قائم. فإذا فرغ قامت المرأة فالتعنت وهي قائمة. لما روي عن النبي ﷺ أنه قال لهلال بن أمية: «قم فاشهد أربع شهادات» ولأنه إذا قام شاهده الناس فكان أبلغ في شهرته

فاستحب كثرة الجمع وليس ذلك واجباً، وبهذا كله قال أبو حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً.

فصل: قال القاضي: ولا يستحب التغليظ في اللعان بمكان ولا زمان وبهذا قال أبو حنيفة لأن الله تعالى أطلق الأمر بذلك ولم يقيده بزمن ولا مكان فلا يجوز تقييده إلا بدليل ولأن النبي ﷺ أمر الرجل بإحضار امرأته ولم يخصه بزمن ولو خصه بذلك لنقل ولم يهمل، وقال أبو الخطاب: يستحب أن يتلاعنا في الأزمان والأماكن التي تعظم. وهذا مذهب الشافعي إلا أن عنده في التغليظ بالمكان قولين أحدهما: أن التغليظ به مستحب كالزمان: والثاني: أنه واجب لأن النبي ﷺ لاعن عند المنبر فكان فعله بياناً للعان ومعنى التغليظ بالمكان: أنهما إذا كانا بمكة لاعن بينهما بين الركن والمقام فإنه أشرف البقاع، وإن كانا في المدينة فعند منبر رسول الله ﷺ، وفي بيت المقدس عند الصخرة، وفي سائر البلدان في جوامعها، وأما الزمان فبعد العصر لقول الله تعالى: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ﴾ [المائدة: ١٠٦]، وأجمع المفسرون على أن المراد بالصلاة صلاة العصر. قال أبو الخطاب في موضع: أو بين الأذانين لأن الدعاء بينهما لا يرد والصحيح الأول ولو استحب ذلك لفعله النبي ﷺ ولو فعله لنقل ولم يسغ له وإهماله، وأما قولهم: إن النبي ﷺ لاعن بينهما عند المنبر فليس هذا في شيء من الأحاديث المشهورة.

وإن ثبت هذا: فيحتمل أنه كان بحكم الاتفاق لأن مجلسه كان عنده فلاعن بينهما في مجلسه. فإن كان اللعان بين كافرين فالحكم فيه كالحكم في اللعان بين المسلمين. ويحتمل أن يغلظ في المكان لقوله في الأيمان: وإن كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها فعلى هذا يلاعن بينهما في مواضعهم اللاتي يعظمونها، النصراني في البيعة واليهودي في الكنيسة والمجوسي في بيت النار وإن لم يكن لهم مواضع يعظمونها حلفهم الحاكم في مجلسه لتعذر التغليظ بالمكان وإن كانت المسلمة حائضاً وقلنا إن اللعان بينهما يكون في المسجد وقفت على بابه ولم تدخله لأن ذلك أقرب المواضع إليه.

المسألة الثانية في ألفاظ اللعان وصفته:

أما ألفاظه فهي خمسة في حق كل واحد منهما، وصفته أن الإمام يبدأ بالزوج فيقيمه ويقول له قل أربع مرات: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا ويشير إليها إن كانت حاضرة ولا يحتاج مع الحضور والإشارة إلى نسبها وتسميتها كما لا يحتاج إلى ذلك في سائر العقود، وإن كانت غائبة أسماها ونسبها فقال امرأتي فلانة بنت فلان ويرفع في نسبها حتى ينفي المشاركة بينها وبين غيرها. فإذا شهد أربع مرات وقفه الحاكم وقال له اتق الله فإنها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وكل شيء أهون من لعنة الله ويأمر رجلاً فيضع يده على فيه حتى لا يبادر بالخامسة قبل الموعظة، ثم يأمر الرجل فيرسل يده عن فيه فإن رآه يمضي في ذلك قال له قل: وإن لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا.

ثم يأمر المرأة بالقيام ويقول لها قولي أشهد بالله إن زوجي هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتشير إليه وإن كان غائباً أسمته ونسبته فإذا كررت ذلك أربع مرات وقفها ووعظها كما ذكرنا في حق الزوج ويأمر امرأة فتضع يدها على فيها فإن رآها تمضي على ذلك قال لها قولي: وإن غضب الله عليّ إن كان زوجي هذا من الصادقين فيما رماني به من الزنا.

قال إسحاق بن منصور: قلت لأحمد كيف يلاعن؟ قال على ما في كتاب الله يقول أربع مرات: أشهد بالله إني فيما رميتها به لمن الصادقين ثم يوقف عند الخامسة فيقول: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين.

والمرأة مثل ذلك توقف عند الخامسة فيقال لها اتق الله فإنها الموجبة التي توجب عليك العذاب فإن حلفت: قالت غضب الله عليها إن كان من الصادقين. وعدد هذه الألفاظ الخمسة شرط في اللعان. فإن أخل بواحدة منها لم يصح على ما ذكرناه فيما مضى، وإن أبدل لفظاً منها فظاهر كلام الخرقي أنه يجوز أن يبدل قوله إني لمن الصادقين بقوله: لقد زنت لأن معناهما واحد ويجوز لها إبدال إنه لمن الكاذبين بقولها لقد كذب لأنه ذكر صفة اللعان كذلك واتباع لفظ النص أولى وأحسن. وإن أبدل لفظة «أشهد» بلفظ من ألفاظ اليمين فقال: أحلف أو أقسم أو أولي لم يعتد به.

وقال أبو الخطاب: فيه وجه آخر أنه يعتد به لأنه أتى بالمعنى فأشبه ما لو أبدل إني لمن الصادقين بقوله لقد زنت وللشافعي وجهان في هذا والصحيح أنه لا يصح لأن ما اعتبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات في الحقوق، ولأن اللعان يقصد فيه التغليظ واعتبار لفظ الشهادات أبلغ في التغليظ فلم يجز تركه ولهذا لم يجز أن يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام أشهد.

والثاني: يعتد به لأنه أتى بالمعنى أشبه ما قبله وللشافعي وجهان كهذين، وإن أبدل لفظة اللعنة بالإبعاد لم يجز لأن لفظ اللعنة أبلغ في الزجر وأشد في أنفس الناس ولأنه عدل عن المنصوص. وقيل: يجوز لأن معناهما واحد وإن أبدلت المرأة لفظة الغضب باللعنة لم يجز لأن الغضب أغلظ ولهذا خصت المرأة به لأن المرأة بزناها أقبح وإثمها بفعل الزنا أعظم من إثمه بالقذف. وإن أبدلتها بالسخط خرج على وجهين فيما إذا أبدل الرجل لفظة اللعنة بالإبعاد. وإن أبدل الرجل لفظة اللعنة بالغضب احتمل أن يجوز لأنه أبلغ واحتمل أن لا يجوز لمخالفته المنصوص.

قال الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة رحمه الله تعالى: من الفقهاء من اشترط أن يزاد بعد قوله: من الصادقين. فيما رميتها به من الزنا واشترط في نفيها عن نفسها فيما رماني به من الزنا ولا أراه يحتاج إليه لأن الله سبحانه أنزل ذلك وبينه ولم يذكر هذا الاشتراط.

وأما موعظة الإمام لهما بعد الرابعة وقبل الخامسة فهي مستحبة في قول أكثر أهل العلم لما روى ابن عباس قال: «لما كانت الخامسة قيل يا هلال اتق الله فإنها الموجبة التي توجب عليك

العذاب. فقال والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة. فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة: وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومي فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين» وروى أبو إسحاق الجوزجاني بإسناده حديث المتلاعنين قال: «فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ثم أمر به فأمسك على فيه فوعظه وقال: ويحك كل شيء أهون عليك من لعنة الله ثم أرسل فقال لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ثم دعاها فقرأ عليها فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ثم أمر بها فأمسك على فيها وقال: ويحك كل شيء أهون عليك من عذاب الله ـ وذكر الحديث».

فصل: ويشترط في صحة اللعان شروط ستة: أحدها: أن يكون بمحضر الإمام أو نائبه. الثاني: أن يأتي كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه عليه فإن بادر به قبل أن يلقيه الإمام عليه لم يصح كما لو حلف قبل أن يحلفه الحاكم. الثالث: استكمال لفظات اللعان الخمسة فإن نقص منها لفظة لم يصح. الرابع: أن يأتي بصورته إلا ما ذكرنا من الاختلاف في إبدال لفظة بمثلها في المعنى. الخامس: الترتيب فإن قدم لفظة اللعنة على شيء من الألفاظ الأربعة أو قدمت المرأة لعانها على لعان الرجل لم يعتد به، السادس: الإشارة من كل واحد منهما إلى صاحبه إن كان حاضراً وتسميته ونسبته إن كان غائباً ولا يشترط حضورهما معاً بل لو كان أحدهما غائباً عن صاحبه مثل إن لاعن الرجل في المسجد والمرأة على بابه لعدم إمكان دخولها جاز.

فصل: وإذا كان الزوجان يعرفان العربية لم يجز أن يلتعنا بغيرها لأن اللعان ورد في القرآن بلفظ العربية. وإن كانا لا يحسنان ذلك جاز لهما الالتعان بلسانهما لموضع الحاجة فإن كان الحاكم يحسن لسانهما أجزأ ذلك، ويستحب أن يحضر معه أربعة يحسنون لسانهما. وإن كان الحاكم لا يحسن لسانهما فلا بد من ترجمان قال القاضي ولا يجزىء في الترجمة أقل من اثنين عدلين وهو قول الشافعي وظاهر قول الخرقي لأنه قال ولا يقبل في الترجمة عن أعجمي حاكم إليه إذا لم يعرف لسانه أقل من عدلين يعرفان لسانه، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى أنه يجزىء قول عدل واحد. وهو قول أبي حنيفة وسنذكر ذلك في موضع آخر إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال: (وإن كان بينهما في اللعان ولد ذكر الولد. فإذا قال أشهد بالله لقد زنت يقول: وما هذا الولد ولدي. وتقول هي أشهد بالله لقد كذب وهذا الولد ولده).

وجملة ذلك: أنه متى كان اللعان لنفي ولد فلا بد من ذكره في لعانهما. وقال الشافعي لا تحتاج المرأة إلى ذكره لأنها لا تنفيه وإنما احتاج الزوج إلى ذكره لنفيه وقال أبو بكر لا يحتاج واحد منهما إلى ذكره وينتفي بزوال الفراش.

ولنا: إن من سقط حقه باللعان اشترط ذكره فيه كالمرأة. والمرأة أحد الزوجين فكان ذكر الولد شرطاً في لعانها كالزوج ولأنهما متحالفان على شيء فاشترط ذكره في تحالفهما كالمختلفين في اليمين وظاهر كلام الخرقي أنه يكتفي بقول الزوج: وما هذا الولد ولدي ومن المرأة بقولها:

وهذا الولد وُلده. وقال القاضي يشترط أن يقول هذا الولد من زنا وليس هو مني وهو مذهب الشافعي لِأنه قد يريد بقوله ليس هو مني يعني خلقاًوخلقاً ولم نقتصر على قوله من زنا لأنه قد يعتقد أن الوطء في نكاح فاسد زنا فأكدنا بذكرهما جميعاً.

ولنا: إنه نفى الولد في اللعان فاكتفى به كما لو ذكر اللفظين وما ذكروه من التأكيد تحكم بغير دليل ولا ينتفي الاحتمال بضم إحدى اللفظتين إلى الأخرى فإنه إذا اعتقد أنه من وطء فاسد واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن يقول اللفظين جميعاً وقد يريد أنه لا يشبهني خلقاً وخُلقاً أو أنه من وطء فاسد، فإن لم يذكر الولد في اللعان لم ينتف عنه وإن أراد نفيه أعاد اللعان ويذكر نفي الولد فيه.

فصل: وإذا قذف امرأته بالزنا برجل بعينه فقد قذفهما وإذا لاعنها سقط الحد عنه لهما سواء ذكر الرجل في لعانه أو لم يذكره وإن لم يلاعن فلكل واحد منهما المطالبة وأيهما طالب حد له ومن لم يطالب فلا يحد له كما لو قذف رجلاً بالزنا بامرأة معينة، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك: إلا في أنه لا يسقط حده بلعانها، وقال بعض أصحابنا القذف للزوجة وحدها ولا يتعلق بغيرها حق في المطالبة ولا الحد لأن هلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن سحماء فلم يحده النبي ﷺ ولا عزره له.

وقال بعض أصحاب الشافعي: يجب الحد وهل يجب حد واحد أو حدان؟ على وجهين. وقال بعضهم لا يجب إلا حد واحد قولاً واحداً، ولا خلاف بينهم أنه إذا لاعن وذكر الأجنبي في لعانه أنه يسقط عنه حكمه وإن لم يذكره فعلى وجهين.

ولنا إن اللعان بينة في أحد الطرفين فكان بينة في الطرف الآخر كالشهادة ولأن به حاجة إلى قذف الزاني لما أفسد عليه من فراشه وربما يحتاج إلى ذكره ليستدل بشبه الولد للمقذوف على صدق قاذفه كما استدل النبي ﷺ على صدق هلال بشبه الولد لشريك بن سحماء فوجب أن يسقط حكم قذفه ما أسقط حكم قذفها قياساً له عليها.

فصل: ولو قذف امرأته وأجنبية أو أجنبياً بكلمتين فعليه حدان لهما فيخرج من حد الأجنبية بالبينة خاصة ومن حد الزوجة بالبينة أو اللعان. وإن قذفهما بكلمة فكذلك إلا أنه إذا لم يلاعن ولم تقم بينة فهل يحد لهما حداً واحداً أو حدين؟ على روايتين. إحداهما: يحد حداً واحداً وبه قال أبو حنيفة والشافعي في القديم وزاد أبو حنيفة سواء كان بكلمة أو بكلمات لأنها حدود من جنس فوجب أن تتداخل كحدود الزنا، والثانية: إن طالبوا مجتمعين فحد واحد وإن طالبوا متفرقين فلكل واحد حد لأنهم إذا اجتمعوا في الطلب أمكن إيفاؤهم بالحد الواحد وإذا تفرقوا لم يمكن جعل الحد الواحد إيفاء لمن لم يطالب لأنه لا يجوز إقامة الحد له قبل المطالبة منه. وقال الشافعي في الحد يقام لكل واحد حد بكل حال لأنها حقوق الآدميين فلم تتداخل كالديون.

ولنا: إنه إذا قذفهما بكلمة واحد يجزىء حد واحد لأنه يظهر كذبه في قذفه وبراءة عرضهما من رميه بحد واحد فأجزأ كما لو كان القذف لواحد. وإذا قذفهما بكلمتين وجب حدان

لأنها قذفان لشخصين فوجب لكل واحد حد كما لو قذف الثاني بعد حد الأول وهكذا الحكم فيما إذا قذف أجنبيتين أو أجنبيات فالتفصيل فيه على ما ذكرناه، وإن قذف أربع نسائه فالحكم في الحد كذلك وإن أراد اللعان فعليه أن يلاعن لكل واحدة لعاناً مفرداً ويبدأ بلعان التي تبدأ بالمطالبة فإن طالبن جميعاً وتشاححن بدأ بإحداهن بالقرعة وإن لم يتشاححن بدأ بالعان من شاء منهن ولو بدأ بواحدة منهن من غير قرعة مع المشاحة صح، ويحتمل أن يجزئه لعان واحد فيقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتي هؤلاء الأربع من الزنا وتقول كل واحدة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا لأنه يحصل المقصود بذلك، والأول أصح لأن اللعان أيمان فلا تتداخل لجماعة كالأيمان في الديون.

فصل: ولو قال لزوجته يا زانية بنت الزانية فقد قذفها وقذف أمها بكلمتين والحكم في الحد لهما على ما مضى من التفصيل فيه فإن اجتمعا في المطالبة ففي أيتهما يقدم؟ فيها وجهان:

أحدهما: الأم. لأن حقها آكد لكونه لا يسقط إلا بالبينة، ولأن لها فضيلة الأمومة.

والثاني: تقديم البنت لأنه بدأ بقذفها ومتى حد لإحداهما ثم وجب عليه الحد للأخرى لم يحد حتى يبرأ جلده من حد الأولى. فإن قيل: إن الحد ها هنا حق لآدمي فلم لا يتوالى بينهما كالقصاص فإنه لو قطع يدي رجلين قطعنا يديه لهما ولم نؤخره؟ قلنا لأن حد القذف لا يتكرر بتكرر سببه قبل إقامة حده فالموالاة بين حدين فيه تخرجه عن موضوعه. والقصاص يجوز أن تقطع الأطراف كلها في قصاص واحد فإذا جاز لواحد فلاثنين أولى.

فصل: وإن قذف محصناً مرات فحد واحد رواية واحدة سواء قذفه بزنا آخر أو كرر القذف بالأول لأنهما حدان ترادف سببهما فتداخلا كالزنا مراراً وإن قذفه فحد له ثم قذفه مرة أخرى بذلك الزنا فلا حد عليه لأنه قد تحقق كذبه فيه بالحد فلا حاجة إلى إظهار كذبه فيه ثانياً ولما جلد عمر أبا بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة أعاد قذفه فهم عمر بإعادة الحد عليه فقال له علي إن جلدته فارجم صاحبه فتركه، ولكنه يعزر تعزير السب والشتم. وذكر القاضي أن فيه رواية أخرى أن عليه الحد ثانياً لأنه قذف ثان بعد إقامة الحد عليه فأشبه ما لو قذفه بزنا ثان. وأما إن قذفه بزنا آخر فعليه حد آخر لأنه قذف لمحصن لم يحد فيه فوجب أن يتعقبه الحد كالأول ولأن سبب الحد وجد بعد إقامته فأعيد عليه كالزنا والسرقة وعن أحمد رواية أخرى لا حد عليه في الثاني لأنه حد لصاحبه مرة فلا يعاد عليه كما لو قذفه بالزنا الأول. وعلى هذه الرواية يعزر تعزير السب والشتم. وهذه الرواية الثانية فيما إذا تقارب القذف الثاني من الحد، فأما إذا تباعد زمانهما وجب الحد بكل حال لأنه لا يجوز أن يكون حده مرة من أجله فوجب إطلاق عرضه له ومذهب الشافعي في هذا كمذهبنا إلا أنهم حكوا عن الشافعي فيما إذا أعاد القذف بزنا ثان قبل إقامة الحد قولين.

أحدهما: يجب حد واحد.

والثاني: يجب حدان فأما إن قـذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها فعليه الحد للقـذف الأول ولا شيء عليه للثاني في قول أبي بكر وحكي نحو ذلك عن الزهري والثوري وأصحاب الـرأي لأنه لو قذف أجنبية قذفين لم يجب عليه أكثر من حد واحد واختار القاضي، أنه إن قذفهـا بالـزنا الأول لم يكن عليه أكثر من حد واحد وليس له إسقاطه إلا بالبينة، وإن قذفها بزنا آخر فهو على الروايتين فيما إذا قذف الأجنبية ثم حد لها ثم قذفها بزنا آخر فإن قلنا يجب حدان فطالبت المـرأة بموجب القذف الأول فأقام به بينة سقط عنه حده ولم يجب في الثـاني حد لأنها غـير محصنة وإن لم يقم بينة حد لها ومتى طالبتـه بموجب الثـاني فأقـام به بينـة أو لاعنها سقط وإلا وجب عليـه الحد أيضاً لأن هذا القذف موجبه غير موجب الأول. فإن الأول موجبه الحد على الخصوص، والثاني موجبه اللعان والحد وإن بـدأت بالمـطالبة بمـوجب الثاني فـأقام بينـة به أو لاعـن سقـط حـده ولها المطالبة بموجب الأول فإن أقام به بينة وإلا حد.

قال القاضي: إن أقام بالثاني بينة سقط موجب الأول وهو مذهب الشافعي لأنها صـارت غير محصنة ولا يثبت لها حد المحصنات.

ولنا: إن سقوط إحصانها في الثاني لا يوجب سقوطه فيما قبل ذلك كما لو استوفى حده قبل إقـامة البينـة. ولعل هـذا ينبني على مـا إذا قـذف رجـلاً فلم يقم الحـد على القـاذف حتى زنى المقذوف، وإن لم يقم بينة عليها ولم يلتعن للثاني لم يجب إلا حـد واحد نص عليـه أحمد. ولأنهما حدان من جنسين ترادفا فلم يقم أحدهما فتداخلا كما لـو قـذفها وهي أجنبية قذفين ولو قـذف زوجته فحد لها ثم أعاد قذفها بذلك الزنا لم يحد لها لما ذكرنـا في إعادة قـذف الأجنبي لكن يعزر للأذى والسب وليس له إسقاط التعزير باللعان لأنه تعزير سب لا تعزير قـذف إلا على الـرواية التي تلزم الأجنبي حدان بإعادة القذف فإنه يلزمه ها هنا حد وله إسقاطه باللعـان، وإن ولد لـه ولد بعد حده فذكر أنه من ذلـك الزنـا فله اللعان لإسقـاطه على كلتا الروايتـين لأنه محتـاج إلى نفيه. وإن قذفها في الزوجية قذفين بزناءين فليس عليه إلا حـد واحد ويكفيـه لعان واحـد لأنه يمين فإذا كان الحقان لواحد كفته يمين واحدة لكنه يحتاج أن يقول أشهـد بالله إني لمن الصـادقين فيما رميتها به من الزناءين، وفارق ما إذا قذف زوجتـين حيث لا يكفيه لعـان واحد لأن اليمـين وجبت لكل واحد منهما فلا تتـداخل كسـائر الأيمـان. وإن أقام البينـة بالأول سقط عنـه موجب الثاني لأنه زال إحصانها ولا لعان إلا أن يكون فيه نسب يريد نفيـه وإن أقامهـا بالثـاني لم يسقط الحد الأول وله إسقاطه باللعان إلا على قول القاضي، فإنه يسقط بإقامة البينـة على الثـاني، وإن قذفها في الزوجية ولاعنها ثم قذفها بالزنا الأول فلا حد عليـه لأنه قـد حققه بلعـانه ويحتمـل أن يحد كما لو قذفها به أجنبي وهو قول القاضي، ولو قـذفها بـه أجنبي أو بزنـا غيره فعليـه الحد في قول عامة أهل العلم منهم ابن عبـاس والزهـري والشعبي والنخعي وقتادة ومـالك والشـافعي وأبو عبيد وذكر أبو عبيد عن أصحاب الرأي أنهم قالـوا إن لم ينف بلعانها ولـداً حد قـاذفها وإن نفاه فلا حد على قاذفها لأنه منتف عن زوجها بالشرع.

ولنا: ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «من رماها أو ولدها فعليه الحد» رواه أبو داود وهذا نص فإنه نص على من رماها مع أن ولدها منفي عن الملاعن شرعاً ولأنه لم يثبت زناها ولا زال إحصانها فيلزم قاذفها الحد بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، وكما لو لم ينف ولدها. فأما إن أقام بينة فقذفها قاذف بذلك الزنا أو بغيره فلا حد عليه لأنه قد زال إحصانها ولأن هذا القذف لم يدخل المعرة عليها وإنما دخلت المعرة بقيام البينة ولكنه يعزر تعزير السب والأذى وهكذا كل من قامت البينة بزناه لا حد على قاذفه وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولكنه يعزر تعزير السب والأذى ولا يملك الزوج إسقاطه عن نفسه باللعان لما قدمناه. وإن قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا آخر فعليه الحد لأنها بانت منه باللعان وصارت أجنبية إلا أن يضيف الزنا إلى حال الزوجية فعند ذلك إن كان ثم نسب يريد نفيه فله الملاعنة لنفيه وإلا لزمه الحد ولا لعان بينهما.

مسألة: قال: (فإن التعن هو ولم تلتعن هي فلا حد عليها والزوجية بحالها).

وجملة ذلك: أنه إذا لاعنها وامتنعت من الملاعنة فلا حد عليها. وبه قال الحسن والأوزاعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن الحارث العكلي وعطاء الخراساني وذهب مكحول والشعبي ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأبو إسحاق الجوزجاني وابن المنذر إلى أن عليها الحد لقول الله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ﴾ [النور: ٨]، والعذاب الذي يدرؤه لعانها هو الحد المذكور في قوله سبحانه: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢]، ولأنه بلعانه حقق زناها فوجب عليها الحد كما لو شهد عليها أربعة.

ولنا: إنه لم يتحقق زناها فلا يجب عليها الحد كما لو لم يلاعن. ودليل ذلك أن تحقيق زناها لا يخلو إما أن يكون لعان الزوج أو بنكولها أو بهما معاً لا يجوز أن يكون بلعان الزوج وحده لأنه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ولا وجب الحد على قاذفها ولأنه إما يمين وإما شهادة وكلاهما لا يثبت له الحق على غيره ولا يجوز أن يثبت بنكولها لأن الحد لا يثبت بالنكول فإنه يدرأ بالشبهات فلا يثبت بها. وذلك لأن النكول يحتمل أن يكون لشدة خفرها أو لعقلة على لسانها أو غير ذلك فلا يجوز إثبات الحد الذي اعتبر في بينته من العدد ضعف ما اعتبر في سائر الحدود واعتبر في حقهم أن يصفوا صورة الفعل وأن يصرحوا بلفظه وغير ذلك مبالغة في نفي الشبهات عنه وتوسلاً إلى إسقاطه ولا يجوز أن يقضى فيه بالنكول الذي هو في نفسه شبهة لا يقضى به في شيء من الحدود ولا العقوبات ولا ما عدا الأموال مع أن الشافعي لا يرى القضاء بالنكول في شيء فكيف يقضي به في أعظم الأمور وأبعدها ثبوتاً وأسرعها سقوطاً ولأنها لو أقرت بلسانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد فلأن لا يجب بمجرد امتناعها من اليمين على براءتها أولى. ولا يجوز أن يقضى فيه بهما لأن ما لا يقضى فيه باليمين المفردة لا يقضى فيه باليمين مع النكول كسائر الحقوق. ولأن ما في كل واحد منهما من الشبهة لا ينتفي بضم أحدهما إلى الآخر فإن احتمال نكولها لفرط حيائها وعجزها عن النطق باللعان في مجمع الناس لا يزول بلعان الزوج،

والعذاب يجوز أن يكـون الحبس أو غيره فـلا يتعين في الحـد، وإن احتمل أن يكـون هو المـراد فلا يثبت الحد بالاحتمال وقد يرجح ما ذكرناه بقول عمر رضي الله عنه إن الحد على من زنا وقـد أحصن إذا كانت بينة أو كان الحمل أو الاعتراف فذكر موجبات الحد ولم يذكر اللعان.

واختلفت الروايـة فيما يصنع بها فروي أنها تحبس حتى تلتعن أو تقر أربعاً. قـال أحمد: فإن أبت المرأة أن تلتعن بعد التعان الـرجل أجبرتها عليـه وهبت أن أحكم عليها بـالرجم لأنها لـو أقرت بلسـانها لم أرجمها إذا رجعت فكيف إذا أبت اللعـان؟ ولا يسقط النسب إلا بالتعـانهما جميعاً لأن الفراش قائم حتى تلتعن والولد للفراش. قال القاضي: هذه الرواية أصح وهذا قول من وافقنا في أنه لا حـد عليها وذلـك لقول الله تعـالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٨]، فيدل على أنها إذا لم تشهد لا يندرىء عنها العذاب.

والـرواية الثـانية: يخـلى سبيلها وهـو قول أبي بكـر لأنه لم يجب عليهـا الحد فيجب تخليـة سبيلها كما لو لم تكمل البينة. فإما الزوجية فلا تزول والولد لا ينتفي ما لم يتم اللعان بينهما في قول عامة أهل العلم إلا الشافعي فإنه قضى بالفرقة ونفي الولد بمجرد لعان الرجل وقد ذكرنا ذلك.

مسألة: قال: (وكذلك إن أقرت دون الأربع مرات).

وجملته: أن الرجل إذا قذف امرأته فصدقته وأقرت بالـزنا مـرة أو مرتـين أو ثلاثـاً لم يجب عليها الحد لأنه لا يثبت إلا بإقرار أربع مرات على مـا يذكـر في الحدود ثم إن كـان تصديقهـا أنه قبل لعانه فلا لعان بينهما لأن اللعان كالبينة إنما يقام مع الإنكار وإن كان بعد لعانه لم تلاعن هي لأنها لا تحلف مع الإقرار وحكمها حكم ما لو امتنعت من غير إقـرار وبهذا قـال أبو حنيفـة وقال الشـافعي إن صدقتـه قبل لعـانه فعليهـا الحد وليس لـه أن يلاعن إلا أن يكـون ثم نسب ينفيه فيلاعن وحده وينتفي النسب بمجرد لعانه فإن كان بعد لعانه فقد انتفى النسب ولزمها الحد بناء على أن النسب ينتفي بمجرد لعانه وتقع الفرقة ويجب الحد فإن الحد بإقرار مرة وهذه الأصول قد مضى أكثرها ولـوْ أقرت أربعـاً وجب الحد ولا لعـان بينهما إذا لم يكن ثم نسب ينفي وإن رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه وبه يقول الشافعي وأبو ثور وأصحـاب الرأي فـإن الرجـوع عن الإقرار بالحد مقبول وليس لـه أن يلاعن للحـد فإنـه لم يجب عليه لتصـديقها إيـاه وإن أراد لعانها لنفي نسب فظاهر قول الخرقي انه ليس له ذلك في جميع هذه الصـور وهو قـول أصحاب الرأى.

وقال الشافعي: له لعانها لنفي النسب فيهـا كلها لأنها لـو كانت عفيفـة صالحـة فكذبتـه ملك نفي ولدها فـإذا كانت فـاجرة فصـدقته فـلأن يملك نفي ولدهـا أولى ووجه الأول أن نفي الولد إنما يكون بلعانهما معاً وقد تعذر اللعان منهما ولأنها لا تستحلف على نفي ما تقـر به فتعـذر نفي الولد لتعذر سببه كما لو مات بعد القذف وقبل اللعان.

فصل: ولو قال لامرأته يا زانية فقالت بك زنيت فلا حد عليها ولا عليه، وقال أصحاب الشافعي: عليه حد القذف لأنه يحتمل أنها أرادت بذلك نفي الزنا عن نفسها كما يستعمل أهل العرف فيها إذا قال قائل سرقت قال معك سرقت أي أنا لم أسرق[1] لكونك أنت لم تسرق.

ولنا: إنها صدقته في قذفه إياها فأشبه ما لو قال صدقت ولا حد عليها لأن حد الزنا لا يثبت إلا بالإقرار أربع مرات وليس عليها حد القذف لأنها لم تقذفه وإنما أقرت على نفسها بزناها به ويمكن ذلك من غير كونه زانياً بأن يظنها زوجته وهي عالمة أنه أجنبي ولأنه يحتمل أن تريد نفي ذلك عنها كما ذكروه أو أنه لم يطأني سواك فإن لم يكن زنا فأنت شريكي فيه ولا يجب الحد مع الاحتمال ولا يلزم من سقوطه عن الرجل بظاهر تصديقها وجوبه عليها مع الاحتمال فإن الحد يدرأ بالشبهات ولا يجب بها، ولو قال يا زانية فقالت أنت أزنى مني فقال أبو بكر فيها كالتي قبلها لا حد على الزوج بتصديقها له ولا على المرأة لما ذكرنا في التي قبلها.

وقال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي: ليس قولها قذفاً قال الشافعي إلا أن تريد القذف لأنه يحتمل أن تريد أنه أصابني وهو زوجي فإن كان ذلك فهو أبلغ مني فيه. وقال القاضي عليها حد لقذفها ولا حد عليه لتصديقها إياه وقد أتت بصريح قذفه بالزنا فوجب عليها الحد كما لو قالت أنت زان والاحتمال مع التصريح بالقذف لا يمنع الحد كما لو قالت أنت زان. فأما إن قال يا زانية فقالت بل أنت زان فكل واحد منهما قاذف لصاحبه عليه حد القذف إلا أن المرأة لا تملك إسقاط حدها إلا بالبينة والزوج يملك إسقاطه ببينة أو لعان.

كتاب العدد

الأصل في وجوب العدة الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقوله سبحانه: ﴿وَٱللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَٱللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وأما السنة فقول النبي ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً» وقال لفاطمة بنت قيس: «اعتدي في بيت ابن أم مكتوم» في آي وأحاديث كثيرة وأجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾ [الأحزاب: ٤٩]. ولأن العدة تجب لبراءة الرحم وقد تيقناها ها هنا وهكذا كل فرقة في الحياة كالفسخ لرضاع أو عيب أو عتق أو لعان أو اختلاف الدين.

فصل: وتجب العدة على الذمية من الذمي والمسلم وقال أبو حنيفة: إن لم تكن من دينهم لم تلزمها لأنهم لا يخاطبون بفروع الدين.

ولنا: عموم الآيات ولأنها بائن بعد الدخول أشبه المسلمة وعدتها كعدة المسلمة في قول علماء الأمصار منهم مالك والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي ومن تبعهم إلا ما روي عن مالك أنه قال تعتد من الوفاة بحيضة.

ولنا: عموم قول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة: ٢٣٤]، ولأنها معتدة من الوفاة أشبهت المسلمة.

فصل: والمعتدات ثلاثة أقسام:

الأول: معتدة بالحمل وهي كل امرأة حامل من زوج إذا فارقت زوجها بطلاق أو فسخ أو موته عنها كرة كانت أو أمة مسلمة أو كافرة فعدتها بوضع الحمل ولو بعد ساعة لقول الله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

والثاني: معتدة بالقروء وهي كل معتدة من فرقة في الحياة أو وطء في غير نكاح إذا كانت ذات قرء فعدتها القرء لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

والثالث: معتدة بالشهور وهي كل من تعتد بالقرء إذا لم تكن ذات قرء لصغر أو يأس لقول الله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤]، وذات القرء إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل وعدة الآيسة وكل من توفي عنها زوجها ولا حمل بها قبل الدخول أو بعده حرة أو أمة فعدتها بالشهور لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة: ٢٣٤].

فصل: وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة الطلاق سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو إعسار أو إعتاق أو اختلاف دين أو غيره في قول أكثر أهل العلم وروي عن ابن عباس أن عدة الملاعنة تسعة أشهر وأبى ذلك سائر أهل العلم وقالوا عدتها عدة الطلاق لأنها مفارقة في الحياة فأشبهت المطلقة وأكثر أهل العلم يقولون عدة المختلعة عدة المطلقة منهم سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وعروة وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والحسن والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وخلاس بن عمرو وأبو عياض ومالك والليث والأوزاعي والشافعي، وروي عن عثمان بن عفان وابن عمر وابن عباس وأبان بن عثمان وإسحاق وابن المنذر أن عدة المختلعة حيضة، ورواه ابن القاسم عن أحمد لما روى ابن عباس «أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبي ﷺ عدتها حيضة» رواه النسائي وعن ربيع بنت معوذ مثل ذلك وأن عثمان قضى به رواه النسائي وابن ماجة.

ولنا قول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ولأنها فرقة بعد الدخول في الحياة فكانت ثلاثة قروء كغير الخلع وقول النبي ﷺ «قرء الأمة حيضتان» عام وحديثهم يرويه عكرمة مرسلاً، قال أبو بكر هو ضعيف مرسل وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر وعلي فإنهما قالا عدتها ثلاث حيض وقولهما أولى، وأما ابن عمر، فقد روى مالك عن نافع عنه أنه قال: عدة المختلعة عدة مطلقة وهو أصح عنه.

فصل: والموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة وكذلك الموطوءة في نكاح فاسد وبهذا قال الشافعي لأن وطء الشبهة وفي النكاح الفاسد في شغل الرحم ولحوق النسب كالوطء في النكاح الصحيح فكان مثله فيما تحصل به البراءة وإن وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها كيلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب وله الاستمتاع منها بما دون الفرج

في أحد الوجهين لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحائض.

فصل: والمزني بها كالموطوءة بشبهة في العدة، وبهذا قال الحسن والنخعي وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بحيضة ذكرها ابن أبي موسى وهذا قول مالك وروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لا عدة عليها وهو قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي لأن العدة لحفظ النسب ولا يلحقه نسب، وقد روي عن علي رضي الله عنه ما يدل على ذلك.

ولنا: إنه وطء يقتضي شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة وأما وجوبها كعدة المطلقة فلأنها حرة فوجب استبراؤها بعدة كاملة كالموطوءة بشبهة وقولهم إنما تجب لحفظ النسب لا يصح فإنها لو اختصت بذلك لما وجبت على الملاعنة المنفي ولدها والآيسة والصغيرة ولما وجب استبراء الأمة التي لا يلحق ولدها بالبائع ولو وجبت لذلك لكان استبراء الأمة على البائع ثم لو ثبت أنها وجبت لذلك فالحاجة إليها داعية فإن المزني بها إذا تزوجت قبل الاعتداد اشتبه ولد الزوج بالولد من الزنا فلا يحصل حفظ النسب.

مسألة: قال رحمه الله تعالى: (وإذا طلق الرجل زوجته وقد خلا بها فعدتها ثلاث حيض غير الحيضة التي طلقها فيها).

في هذه المسألة ثلاثة فصول. أحدها: أن العدة تجب على كل من خلا بها زوجها وإن لم يمسها ولا خلاف بين أهل العلم في وجوبها على المطلقة بعد المسيس فأما إن خلا بها ولم يصبها ثم طلقها فإن مذهب أحمد وجوب العدة عليها وروي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال عروة وعلي بن الحسين وعطاء والزهري والثوري والأوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي في قديم قوليه، وقال الشافعي في الجديد لا عدة عليها لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩]، وهذا نص ولأنها مطلقة لم تمس. فأشبهت من لم يخل بها.

ولنا إجماع الصحابة روى الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى ستراً أو أغلق باباً فقد وجب المهر ووجبت العدة ورواه الأثرم أيضاً عن الأحنف عن عمر وعلي وعن سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت وهذه قضايا اشتهرت فلم تنكر فصارت إجماعاً، وضعف أحمد ما روي في خلاف ذلك وقد ذكرناه في كتاب الصداق ولأنه عقد على المنافع فالتمكين فيه يجري مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة كعقد الإجارة والآية مخصوصة بما ذكرناه ولا يصح القياس على من لم يخل بها لأنه لم يوجد منها التمكين.

فصل: وظاهر كلام الخرقي أنه لا فرق بين أن يخلو بها مع المانع من الوطء أو مع عدمه سواء كان المانع حقيقياً كالجب والعنة والفتق والرتق أو شرعياً كالصوم والإحرام أو الحيض

والنفاس والظهار لأن الحكم علق ها هنا على الخلوة التي هي مظنة الإصابة دون حقيقتها ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل لحقه نسبه وإن لم يطأ. وقد روي عن أحمد أن الصداق لا يكمل مع وجود المانع فكذلك يخرج في العدة وروي عنه أن صوم شهر رمضان يمنع كمال الصداق مع الخلوة وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالإحرام وشبهه منع كمال الصداق ولم تجب العدة لأن الخلوة إنما أقيمت مقام المسيس لأنها مظنة له ومع المانع لا تتحقق المظنة، وأما إن خلا بها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها أو كان أعمى فلم يعلم بها فلا عدة عليها ولا يكمل صداقها لأن المظنة لا تتحقق مع ظهور استحالة المسيس.

الفصل الثاني: أن عدة المطلقة إذا كانت حرة وهي من ذوات القروء ثلاثة قروء بلا خلاف بين أهل العلم وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، والقرء في كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعاً فهو من الأسماء المشتركة. قال أحمد بن يحيى ثعلب: القروء الأوقات: الواحد قرء وقد يكون حيضاً وقد يكون طهراً لأن كل واحد منهما يأتي لوقت. قال الشاعر:

كرهت العقر عقر بني تميم ... إذا هبت لقارئها الرياح

يعني لوقتها وقال الخليل بن أحمد يقال: أقرأت المرأة إذا دنا حيضها وأقرأت إذا دنا طهرها، وفي الحديث عن النبي ﷺ «دعي الصلاة أيام إقرائك فهذا الحيض» وقال الشاعر:

مورثة عزاً وفي الحي رفعة ... لما ضاع فيها من قروء نسائكا

فهذا الطهر واختلف أهل العلم في المراد بقوله سبحانه: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[البقرة: ٢٢٨]، واختلفت الرواية في ذلك عن أحمد فروي أنها الحيض روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وسعيد بن المسيب والثوري والأوزاعي والعنبري وإسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق وعثمان بن عفان رضي الله عنهما وأبي موسى وعبادة بن الصامت وأبي الدرداء، قال القاضي: الصحيح عن أحمد أن الإقراء الحيض وإليه ذهب أصحابنا ورجع عن قوله بالاطهار فقال في رواية النيسابوري كنت أقول إنه الاطهار وأنا أذهب اليوم إلى أن الإقراء الحيض وقال في رواية الأثرم كنت أقول الاطهار. ثم وقفت لقول الأكابر، والرواية الثانية عن أحمد أن القروء الاطهار وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والشافعي وأبي ثور وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: ما أدركت أحداً من فقهائنا إلا وهو يقول ذلك قال ابن عبد البر رجع أحمد إلى أن القروء الاطهار قال في رواية الأثرم رأيت الأحاديث عمن قال القروء الحيض تختلف والأحاديث عمن قال إنه أحق بها حتى تدخل الحيضة الثالثة أحاديثها صحاح وقوية واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، أي في عدتهن كقوله تعالى: ﴿وَنَضَعُ ٱلْمَوَٰزِينَ ٱلْقِسْطَ لِيَوْمِ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾ [الأنبياء: ٤٧]، أي في يوم القيامة وإنما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض ويدل عليه قول النبي ﷺ في حديث ابن عمر: «مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإن شاء طلق

وإن شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء» متفق عليه وفي رواية ابن عمر: «فطلقوهن في قبل عدتهن» ولأنها عدة عن طلاق مجرد مباح فوجب أن يعتبر عقيب الطلاق وكعدة الآيسة والصغيرة.

ولنا قول الله تعالى: ﴿وَٱللَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤]، فنقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر فدل ذلك على أن الأصل الحيض كما قال تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً﴾ [النساء: ٤٣] الآية. ولأن المعهود في لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض، قال النبي: «تدع الصلاة أيام أقرائها» رواه أبو داود وقال لفاطمة بنت أبي حبيش: «انظري فإذا أتى قرؤك فلا تصلي وإذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي ما بين القرء إلى القرء» رواه النسائي ولم يعهد في لسانه استعماله بمعنى الطهر في موضع فوجب أن يحمل كلامه على المعهود في لسانه، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «طلاق الأمة طلقتان وقرؤها حيضتان» رواه أبو داود وغيره، فإن قالوا هذا يرويه مظاهر بن مسلم وهو منكر الحديث قلنا قد رواه عبد الله بن عيسى عن عطية العوفي عن ابن عمر كذلك أخرجه ابن ماجة في سننه وأبو بكر الخلال في جامعه وهو نص في عدة الأمة فكذلك عدة الحرة ولأن ظاهر قوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وجوب التربص ثلاثة كاملة ومن جعل القروء الاطهار لم يوجب ثلاثة لأنه يكتفي بطهرين وبعض الثالث فيخالف ظاهر النص ومن جعله الحيض أوجب ثلاثة كاملة فيوافق ظاهر النص فيكون أولى من مخالفته، ولأن العدة استبراء فكانت بالحيض كاستبراء الأمة وذلك لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل والذي يدل عليه الحيض فوجب أن يكون الاستبراء به، فإن قيل لا نسلم أن استبراء الأمة بالحيضة وإنما هو بالطهر الذي قبل الحيضة كذلك، قال ابن عبد البر وقال قولهم إن استبراء الأمة حيضة بإجماع ليس كما ظنوا بل جائز لها عندنا أن تنكح إذا دخلت في الحيضة واستيقنت أن دمها دم حيض كذلك قال إسماعيل بن إسحاق ليحيى بن أكثم حين دخل عليه في مناظرته إياه، قلنا هذا يرده قول النبي ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة» ولأن الاستبراء تعرف براءة الرحم وإنما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذي قبلها ولأن العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم فوجب أن تتعلق بالطهر كوضع الحمل يحققه أن العدة مقصودها معرفة براءة المرأة من الحمل فتارة تحصل بوضعه وتارة تحصل بما ينافيه وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه، فأما قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، فيحتمل أنه أراد قبل عدتهن إذ لا يمكن حمله على الطلاق في العدة ضرورة أن الطلاق سبق العدة لكونه سببها والسبب يتقدم على الحكم فلا يوجد قبله والطلاق في الطهر تطليق قبل العدة إذا كانت الاقراء الحيض.

الفصل الثالث: أن الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها بغير خلاف بين أهل العلم لأن الله تعالى أمر بثلاثة قروء فتناول ثلاثة كاملة والتي طلق فيها لم يبق منها ما تتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة فلا يعتد بها ولأن الطلاق إنما حرم في الحيض لما فيه من تطويل العدة عليها

فلو احتسبت بتلك الحيضة قرءاً كان أقصر لعدتها وأنفع لها فلم يكن محروماً ومن قال القروء الاطهار احتسب لها بالطهر الذي طلقها فيه قرءاً فلو طلقها وقد بقي من قرئها لحظة حسبها قرءاً وهذا قول كل من قال القروء الاطهار إلا الزهري وحده قال تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذي طلقها فيه، وحكي عن أبي عبيد أنه إن كان جامعها في الطهر لم يحتسب ببقيته لأنه زمن حرم فيه الطلاق فلم يحتسب به من العدة كزمن الحيض.

ولنا إن الطلاق حرم في زمن الحيض دفعاً لضرر تطويل العدة عليها فلو لم يحتسب ببقية الطهر قرءاً كان الطلاق في الطهر أضر بها وأطول عليها، وما ذكر عن أبي عبيد لا يصح لأن تحريم الطلاق في الحيض لكونها لا تحتسب ببقيته فلا يجوز أن تجعل العلة في عدم الاحتساب تحريم الطلاق فتصير العلة معلولاً وإنما تحريم الطلاق في الطهر الذي أصابها فيه لكونها مرتابة ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها، فأما إن انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فإن الطلاق يقع في أول الحيضة ويكون محرماً ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها وتحتاج أن تعتد بثلاث حيض بعدها أو ثلاثة أطهار على الرواية الأخرى، ولو قال لها أنت طالق في آخر طهرك أو في آخر جزء من طهرك أو انقضت حروف الإيقاع ولم يبق من الطهر إلا زمن الوقوع فإنها لا تحتسب بالطهر الذي وقع فيه الطلاق لأن العدة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق وليس بعده طهر تعتد به ولا يجوز الاعتداد بما قبله ولا بما قاربه ومن جعل القرء الحيض اعتد لها بالحيضة التي تلي الطلاق لأنها حيضة كاملة لم يقع فيها طلاق فوجب أن تعتد بها قرءاً. وإن اختلفا فقال الزوج وقع الطلاق في أول الحيض وقالت بل في آخر الطهر أو قال انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر وقالت بل وقد بقي منه بقية فالقول قولها لأن قولها مقبول في الحيض وفي انقضاء العدة.

مسألة: قال: (فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج).

حكى أبو عبد الله بن حامد في هذه المسألة روايتين:

إحداهما: أنها في العدة ما لم تغتسل فيباح لزوجها ارتجاعها ولا يحل لغيره نكاحها قال أحمد: عمر وعلي وابن مسعود يقولون قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والثوري وإسحاق وروي ذلك عن أبي بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء رضي الله عنهم قال شريك له الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة قال أبو بكر وروي عن أبي عبد الله أنها في عدتها ولزوجها رجعتها حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها وهذا قول الثوري وبه قال أبو حنيفة إذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض فإن انقطع لأكثره انقضت العدة بانقطاعه ووجه اعتبار الغسل قول الأكثرين من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعاً ولأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فأشبهت الحائض.

والـرواية الثـانية: أن العـدة تنقضي بطهـرها من الحيضـة الثالثـة وانقطاع دمهـا اختاره أبـو الخطاب وهـو قول سعيـد بن جبير والأوزاعي والشـافعي في القـديم لأن الله تعـالى قـال: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقـد كملت القروء بـدليل وجـوب الغسل عليها ووجوب الصلاة وفعل الصيـام وصحته منهـا ولأنه لم يبق حكم العـدة في الميراث ووقـوع الطلاق بها واللعان والنفقة فكذلك فيـما نحن فيه، قـال القاضي إذا شرطنـا الغسل أفـاد عدمـه إباحة الرجعة وتحريمها على الأزواج فأما سائر الأحكام فإنها تنقطع بانقطاع دمها.

فصـل: وإن قلنا القـروء الأطهار فـطلقها وهي طـاهر انقضت عـدتها بـرؤية الـدم من الحيضة الثالثة وإن طلقها حـائضاً انقضت عـدتها بـرؤية الـدم من الحيضة الـرابعة وهـذا قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمـد وسالم بن عبـد الله وأبان بن عثـمان ومالـك وأبي ثور وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عنه قول آخر لا تنقضي العدة حتى يمضي زمن الـدم يوم وليلة لجواز أن يكون الدم دم فساد فلا نحكم بـانقضاء العـدة حتى يزول الاحتـمال وحكى القاضي هذا احتمالاً في مذهبنا أيضاً.

ولنا: إن الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالـزيادة عليهـا مخالفـة للنص فلا يعـول عليه ولأنه قول من سمينـا من الصحابـة رواه الأثرم عنهم بـإسناده ولفظ حـديث زيد بن ثـابت «إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منـه وبرىء منهـا ولا ترثـه ولا يرثهـا»، وقولهم إن الدم يكون دم فساد قلنا قد حكم بكونه حيضاً في ترك الصلاة وتحريمها على الزوج وسائر أحكام الحيض فكذلك في انقضاء العدة ثم إن كان التوقف عن الحكم بـانقضاء العـدة للاحتـمال فإذا تبـين أنه حيض علمنـا أن العدة قـد انقضت حين رأت الـدم كما لـو قال لهـا إن حضت فـأنت طـالق، اختلف القائلون بهـذا القول فمنهم من قـال اليوم والليلة من العـدة لأنه دم تكمـل به العدة فكان منها كالذي في أثناء الاطهار، ومنهم من قال ليس منها إنما يتبين به انقضـاؤها ولأننـا لـو جعلناه منهـا أوجبنا الـزيادة عـلى ثلاثـة قروء ولكننـا نمنعها من النكـاح حتى يمضي يوم وليلة ولو راجعها زوجها فيها لم تصح الرجعة وهذا أصح الوجهين.

مسألة: قال: (وإن كانت أمة فإذا اغتسلت من الحيضة الثانية).

أكثر أهل العلم يقولون عدة الأمة بالقرء قرءان منهـم: عمر وعـلي وابن عمر وسعيـد بن المسيب وعـطاء وعبد الله بن عتبـة والقاسم وسـالم وزيد بن أسلم والـزهـري وقتـادة ومـالـك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وعن ابن سيرين عـدتها عـدة الحرة. إلا أن تكون قد مضت بذلك سنة وهو قول داود لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ولنا قول النبي ﷺ: قرء الأمة حيضتان وقد ذكرناه وقول عمر وعلي وابن عمر ولم نعـرف لهم مخالفاً في الصحابة فكان إجماعاً وهذا يخص عموم الآية ولأنه معنى ذو عدد بني على التفاضل فلا تساوي فيه الأمة الحرة كالحد وكان القياس يقتضي أن تكون حيضـة ونصفاً كـما كان حـدها

على النصف من حد الحرة إلا أن الحيض لا يتبعض فكمل حيضتين، ولهذا قال عمر رضي الله عنه لو أستطيع أن أجعل العدة حيضة ونصفاً لفعلت فإذا تقرر هذا فانقضاء عدتها بالغسل من الحيضة الثانية في إحدى الروايتين وفي الأخرى بانقطاع الدم من الحيضة الثانية وعلى الرواية التي تقول إن القروء الأطهار فانقضاء عدتها برؤية الدم من الحيضة الثانية.

مسألة: قال: (وإن كانت من الآيسات أو ممن لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر)

أجمع أهل العلم على هذا لأن الله تعالى ذكره في كتابه بقوله سبحانه: ﴿وَٱللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَٱللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] فإن كان الطلاق في أول الهلال اعتبر ثلاثة أشهر بالأهلة لقول الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩] وقال سبحانه: ﴿إِنَّ عِدَّةَ ٱلشُّهُورِ عِندَ ٱللَّهِ ٱثْنَا عَشَرَ شَهْراً فِي كِتَابِ ٱللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ ٱلسَّمَاوَاتِ وَٱلْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حرم﴾ [التوبة: ٣٦] ولم يختلف الناس في أن الأشهر الحرم معتبرة بالأهلة وإن وقع الطلاق في أثناء الشهر اعتدت بقيته ثم اعتدت شهرين بالأهلة ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوماً وهذا مذهب مالك والشافعي وقال أبو حنيفة تحتسب بقية الأول وتعتد من الرابع بقدر ما فاتها من الأول تاماً كان أو ناقصاً لأنه لو كان من أول الهلال كانت العدة بالأهلة فإذا كان من بعض الشهر وجب قضاء ما فات منه وخرج أصحابنا وجهاً ثانياً أن جميع الشهور محسوبة بالعدد وهو قول ابن بنت الشافعي لأنه إذا حسب الأول بالعدد كان ابتداء الثاني من بعض الشهر فيجب أن يحسب بالعدد وكذلك الثالث.

ولنا: إن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ولذلك إذا غم الشهر كمل ثلاثين والأصل الهلال فإذا أمكن اعتبار الهلال اعتبروا وإذا تعذر رجعوا إلى العدد وفي هذا انفصال عما ذكر لأبي حنيفة وأما التخريج الذي ذكرناه فإنه لا يلزم اتمام الشهر الأول من الثاني ويجوز أن يكون تمامه من الرابع.

فصل: وتجب العدة من الساعة التي فارقها زوجها فيها فلو فارقها نصف الليل أو نصف النهار اعتدت من ذلك الوقت إلى مثله في قول أكثر أهل العلم وقال أبو عبد الله بن حامد لا تحتسب بالساعات وإنما تحتسب بأول الليل والنهار فإذا طلقها نهاراً احتسبت من أول الليل الذي يليه، وإن طلقها ليلاً احتسبت بأول النهار الذي يليه وهذا قول مالك لأن حساب الساعات يشق فسقط اعتباره.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤] ولا تجوز الزيادة عليها بغير دليل وحساب الساعات ممكن إما يقيناً وإما استظهاراً فلا وجه للزيادة على ما أوجبه الله تعالى.

مسألة: قال: (والأمة شهران).

اختلفت الروايات عن أبي عبد الله في عدة الأمة فأكثر الروايات عنه أنها شهران رواه عنه جماعة من أصحابه واحتج فيه بقول عمر رضي الله عنه: عدة أم الولد حيضتان ولو لم تحض كان عدتها شهرين رواه الأثرم عنه بإسناده وهذا قول عطاء والزهري وإسحاق وأحد قولي الشافعي لأن الأشهر بدل من القروء وعدة ذات القروء قرءان فبدلها شهران ولأنها معتدة بالشهور من غير الوفاة فكان عددها كعدد القروء ولو كانت ذات قرء كالحرة.

والرواية الثانية: أن عدتها شهر ونصف نقلها الميموني والأثرم واختارها أبو بكر وهذا قول علي رضي الله عنه وروي ذلك عن ابن عمر وابن المسيب وسالم والشعبي والثوري وأصحاب الرأي وهو قول ثان للشافعي لأن عدة الأمة نصف عدة الحرة وعدة الحرة ثلاثة أشهر فنصفها شهر ونصف وإنما كملنا لذات الحيض حيضتين لتعذر تبعيض الحيضة فإذا صرنا إلى الشهور أمكن التنصيف فوجب المصير إليه كما في عدة الوفاة ويصير هذا كالمحرم إذا وجب عليه في جزاء الصيد نصف مد أجزأه إخراجه فإن أراد الصيام مكانه صام يوماً كاملاً. ولأنها عدة أمكن تنصيفها فكانت على النصف من عدة الحرة كعدة الوفاة ولأنها معتدة بالشهور فكانت على النصف من عدة الحرة كالمتوفى عنها زوجها.

والرواية الثالثة: أن عدتها ثلاثة أشهر وروي ذلك عن الحسن ومجاهد وعمر بن عبد العزيز والنخعي ويحيى الأنصاري وربيعة ومالك وهو القول الثالث للشافعي لعموم قوله تعالى: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤] ولأنه استبراء للأمة الآيسة بالشهور فكان ثلاثة أشهر كاستبراء الأمة إذا ملكها أو مات سيدها ولأن اعتبار الشهور ها هنا للعلم ببراءة الرحم ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشهر في الحرة والأمة جميعاً لأن الحمل يكون نطفة أربعين يوماً وعلقة أربعين يوماً ثم يصير مضغة ثم يتحرك ويعلو بطن المرأة فيظهر الحمل وهذا معنى لا يختلف بالرق والحرية ولذلك كان استبراء الأمة في حق سيدها ثلاثة أشهر ومن رد هذه الرواية قال هي مخالفة لإجماع الصحابة لأنهم اختلفوا على القولين الأولين ومتى اختلف الصحابة على قولين لم يجز إحداث قول ثالث لأنه يفضي إلى تخطئتهم وخروج الحق عن قول جميعهم ولا يجوز ذلك ولأنها معتدة لغير الحمل فكانت دون عدة الحرة كذات القرء المتوفى عنها وزوجها.

فصل: واختلف عن أحمد في السن الذي تصير به المرأة من الآيسات فعنه أوله خمسون سنة لأن عائشة قالت لن ترى المرأة في بطنها ولداً بعد خمسين سنة وعنه إن كانت من نساء العجم فخمسون وإن كانت من نساء العرب فستون لأنهن أقوى طبيعة، وقد ذكر الزبير بن بكار في كتاب النسب أن هنداً بنت أبي عبيدة بن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله بن حسن بن الحسين بن علي بن أبي طالب ولها ستون سنة. وقال: يقال إنه لم تلد بعد خمسين سنة إلا عربية ولا تلد لستين إلا قرشية وللشافعي قولان:

أحدهما: يعتبر السن الذي يتيقن أنه إذا بلغته لم تحض، قال بعضهم هو اثنان وستون سنة. **والثاني**: يعتبر السن الذي ييأس فيه نساء عشيرتها لأن الظاهر أن نشأها كنشئهن وطبعها

كطبعهن، والصحيح إن شاء الله أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة لأن وجود الحيض في حق هذه نادر بدليل قول عائشة وقلة وجوده فإذا انضم إلى هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس من وجوده فلها حينئذ أن تعتد بالأشهر، وإن انقطع قبل ذلك حكمها حكم من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه على ما سنذكره إن شاء الله، وإن رأت الدم بعد الخمسين على العادة التي كانت تراه فيها فهو حيض في الصحيح لأن دليل الحيض الوجود في زمن الإمكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه وإن كان نادراً، وإن رأته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض لأنه لم يوجد ذلك. قال الخرقي فإذا رأته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض فعند ذلك لا تعتد به وتعتد بالأشهر كالتي لا ترى دماً.

فصل: وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين لأن المرجع فيه إلى الوجود وقد وجد من تحيض لتسع، وقد روي عن الشافعي أنه قال رأيت جدة لها إحدى وعشرون سنة فهذه إذا أسقطت من عمرها مدة الحملين في الغالب عاماً ونصفاً وقسمت الباقي بينها وبين ابنتها كانت كل واحدة منها قد حملت لدون عشر سنين، فإن رأت دماً قبل ذلك فليس بحيض لأنه لم يوجد مثلها متكرراً والمعتبر من ذلك ما تكرر ثلاث مرات في حال الصحة ولم يوجد ذلك فلا يعتد به.

فصل: فإن بلغت سناً تحيض فيه النساء في الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدتها ثلاثة أشهر في ظاهر قول الخرقي وهو قول أبي بكر وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي وضعّف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا وقال رواها أبو طالب فخالف فيها أصحابه وذلك ما روى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة، قال القاضي هذه الرواية أصح لأنه متى أتى عليها زمان الحيض فلم تحض صارت مرتابة يجوز أن يكون بها حمل منع حيضها فيجب أن تعتد بسنة كالتي ارتفع حيضها بعد وجوده.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَٱللَّٰٓئِي يَئِسْنَ مِنَ المحيض مِن نِسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱللَّٰٓئِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] وهذه من اللائي لم يحضن ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غيرها ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن يحيض لمثله النساء في الغالب مثل أن تحيض ولها عشر سنين اعتدت بالحيض وفارق من ارتفع حيضها ولا تدري ما رفعه فإنها من ذوات القروء وهذه لم تكن منهن.

مسألة: قال: (وإذا طلقها طلاقاً يملك فيه الرجعة وهي أمة فلم تنقض عدتها حتى أعتقت بنت على عدة حرة وإن طلقها طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فأعتقت اعتدت عدة أمة).

هذا قول الحسن والشعبي والضحاك وإسحاق وأصحاب الرأي وهذا أحد أقوال الشافعي والقول الثاني تكمل عدة أمة سواء كانت بائناً أو رجعية وهو قول مالك وأبي ثور لأن الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا يعتبر حكمها كما لو كانت بائناً أو كما لو طرأت بعد وجوب الاستبراء ولأنه معنى يختلف بالرق والحرية فكان الاعتبار بحالة الوجود كالحد. وقال

عطاء والزهري وقتادة تبني على عدة حرة بكل حال وهو القول الثالث للشافعي لأن سبب العدة الكاملة إذا وجد في أثناء العدة انتقلت إليها وإن كانت بائناً كما لو اعتدت بالشهور ثم رأت الدم.

ولنا: إنها إذا عتقت وهي رجعية فقد وجدت الحرية وهي زوجة تعتد عدة الوفاة لو مات فوجب أن تعتد عدة الحرائر كما لو أعتقت قبل الطلاق وإنْ أعتقت وهي بائن فلم توجد الحرية في الزوجية فلم تجب عليها عدة الحرائر كما لو أعتقت بعد مضي القرأين. ولأن عدة الرجعية تنتقل إلى عدة الوفاة لو مات فتنتقل إلى عدة الحرائر والبائن لا تنتقل إلى عدة الوفاة فلا تنتقل إلى عدة الحرائر كما لو انقضت عدتها وما ذكرناه لمالك يبطل بما إذا مات زوج الرجعية فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة والفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا حاضت الصغيرة أن الشهور بدل عن الحيض فإذا وجد المبدل زال حكم البدل كالمتيمم يجد الماء وليس كذلك ها هنا فإن عدة الأمة ليست ببدل، ولذلك تبني الأمة على ما مضى من عدتها اتفاقاً وإذا حاضت الصغيرة استأنفت العدة فافترق وتخالف الاستبراء فإن الحرية لو قارنت سبب وجوبه لم تكمل. ألا ترى أن أم الولد إذا مات سيدها عتقت لموته ووجب الاستبراء كما يجب على التي لم تعتق، ولأن الاستبراء لا يختلف بالرق والحرية بخلاف مسألتنا.

فصل: إذا عتقت الأمة تحت العبد فاختارت نفسها اعتدت عدة الحرة لأنها بانت من زوجها وهي حرة.

وقد روى الحسن أن النبي ﷺ، أمر بريرة أن تعتد عدة الحرة وإن طلقها العبد طلاقاً رجعياً فأعتقها سيدها بنت على عدة الحرة سواء فسخت أو أقامت على النكاح لأنها عتقت في عدة رجعية وإن لم تفسخ فراجعها في عدتها لها الخيار بعد رجعتها فإن اختارت الفسخ قبل المسيس فهل تستأنف العدة أم تبني على ما مضى من عدتها على وجهين: فإن قلنا: تستأنف. فإنها تستأنف عدة حرة. وإن قلنا: تبني بنت على عدة حرة.

مسألة: قال: (وإذا طلقها وهي ممن قد حاضت فارتفع حيضها، لا تدري ما رفعه؟ اعتدت سنة).

وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته وهي من ذوات الأقراء فلم تر الحيض في عادتها ولم تدر ما رفعه؟ فإن تعتد سنة تسعة أشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رحمها لأن هذه المدة هي غالب مدة الحمل فإذا لم يبن الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهراً فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر. هذا قول عمر رضي الله عنه. قال الشافعي: هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منهم منكر علمناه. وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه، وروي ذلك عن الحسن، وقال الشافعي في قول آخر تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر لأن هذه المدة هي التي يتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطاً.

وقال في الجديد: تكون في عدة أبداً حتى تحيض أو تبلغ سن الإياس تعتد حينئذ بثلاثة أشهر، وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وطاوس والشعبي والنخعي والزهري وأبي الزناد والثوري وأبي عبيد وأهل العراق، لأن الاعتداد بالأشهر جعل بعد الإياس فلم يجز قبله وهذه ليست آيسة ولأنها ترجو عود الدم فلم تعتد بالشهور كما لو تباعد حيضها لعارض.

ولنا: الإجماع الذي حكاه الشافعي، ولأن الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها وهذا تحصل به براءة رحمها، فاكتفي به ولهذا اكتفي في حق ذات القرء بثلاثة قروء وفي حق الآيسة بثلاثة أشهر. ولو روعي اليقين لاعتبر أقصى مدة الحمل، ولأن عليها في تطويل العدة ضرراً فإنها تمنع من الأزواج وتحبس دائماً ويتضرر الزوج بإيجاب السكنى والنفقة عليه. وقد قال ابن عباس لا تطولوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر، فإن قيل: فإذا مضت تسعة أشهر فقد علم براءة رحمها ظاهراً فلم اعتبرتم ثلاثة أشهر بعدها. قلنا: الاعتداد بالقروء والأشهر إنما يكون عند عدم الحمل وقد تجب العدة مع العلم ببراءة الرحم بدليل ما لو علق طلاقها بوضع الحمل فوضعته وقع الطلاق ولزمتها العدة.

فصل: فإن عاد الحيض إليها في السنة ولو في آخرها لزمها الانتقال إلى القروء لأنها الأصل فبطل بها حكم البدل، وإن عاد بعد مضيها ونكاحها لم تعد إلى القروء لأن عدتها انقضت وحكمنا بصحة نكاحها فلم تبطل كما لو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر وتزوجت ثم حاضت، وإن حاضت بعد السنة وقبل نكاحها. ففيه وجهان: **أحدهما**: لا تعود لأن العدة انقضت بالشهور فلم تعد كالصغيرة. **والثاني**: تعود لأنها من ذوات القروء وقد قدرت على المبدل قبل تعلق حق زوج بها فلزمها العود كما لو حاضت في السنة.

مسألة: قال: (وإن كانت أمة اعتدت بأحد عشر شهراً تسعة أشهر للحمل وشهران للعدة).

هذه المسألة مبنية على أصلين: **أحدهما**: أن الحرة تعتد بسنة إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه؟ **الثاني**: أن عدة الأمة الآيسة شهران فتتربص تسعة أشهر لأن مدة الحمل تتساوى فيها الحرة والأمة لكونه أمراً حقيقياً فإذا يئست من الحمل اعتدت عدة الآيسة شهرين، وعلى الرواية التي جعل عدتها شهراً ونصفاً تكون عدتها عشرة أشهر ونصفاً ومن جعلها ثلاثة أشهر فعدتها سنة كالحرة.

مسألة: قال: (وإن عرفت ما رفع الحيض كانت في عدة حتى يعود الحيض فتعتد به إلا أن تصير من الآيسات فتعتد بثلاثة أشهر من وقت تصير في عداد الآيسات).

أما إذا عرفت أن ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع فإنها تنتظر زوال العارض وعود الدم وإن طال إلا أن تصير في سن اليأس وقد ذكرناه فعند ذلك تعتد عدة

الآيسات. وقد روى الشافعي في مسنده بإسناده عن حبان بن منقذ[١] أنه طلق امرأته طلقة واحدة وكانت لها منه بنية ترضعها. فتباعد حيضها ومرض حبان فقيل له: إنك إن مت ورثتك فمضى إلى عثمان وعنده علي وزيد بن ثابت فسأله عن ذلك فقال عثمان لعلي وزيد ما تريان؟ فقالا نرى أنها إن ماتت ورثها وإن مات ورثته لأنها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض ولا من الأبكار اللائي لم يبلغن المحيض. فرجع حبان إلى أهله فانتزع البنت منها فعاد إليها الحيض فحاضت حيضتين ومات حبان قبل انقضاء الثالثة فورثها عثمان رضي الله عنه، وروى الأثرم بإسناده عن محمد بن يحيى بن حبان أنه كانت عند جده امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية وهي مرضع فمرت بها سنة ثم هلك ولم تحض فقالت الأنصارية لم أحض فاختصموا إلى عثمان رضي الله عنه فقضى لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا ـ يعني علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

مسألة: قال: (وإن حاضت حيضة أو حيضتين. ثم ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه؟ لم تنقض عدتها إلا بعد سنة بعد انقطاع الحيض)

وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه، أنه قال في رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين فارتفع حيضها لا تدري ما رفعه؟ تجلس تسعة أشهر، فإذا لم يستبن بها حمل تعتد بثلاثة أشهر فذلك سنة ولا نعرف له مخالفاً، قال ابن المنذر قضى به عمر بين المهاجرين والأنصار ولم ينكره منكر. وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يطلق امرأته فتحيض حيضة ثم يرتفع حيضها. قال اذهب إلى حديث عمر إذا رفعت حيضتها فلم تدر مما ارتفعت فإنها تنتظر سنة، قيل له فحاضت دون السنة فقال ترجع إلى الحيضة، قيل له: فإن ارتفعت حيضتها أيضاً لا تدري مما ارتفعت؟ قال تقعد سنة أخرى، وهذا قول كل من وافقنا في المسألة الأولى وذلك لأنها لما ارتفعت حيضتها حصلت مرتابة فوجب أن تنتقل إلى الاعتداد بسنة كما لو ارتفع حيضها حين طلقها ووجب عليها سنة كاملة لأن العدة لا تنبني على عدة أخرى ولذلك لو حاضت حيضة أو حيضتين ثم يئست انتقلت إلى ثلاثة أشهر. ولو اعتدت الصغيرة شهراً أو شهرين ثم حاضت انتقلت إلى ثلاثة قروء.

فصل: فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد ما بين حيضتيها لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض وإن طالت لأن هذه لم يرتفع حيضها ولم تتأخر عن عادتها فهي من ذوات القروء باقية على عادتها فأشبهت من لم يتباعد حيضها. ولا نعلم في هذا مخالفاً.

فصل: في عدة المستحاضة لا تخلو إما أن يكون لها حيض محكوم به بعادة أو تمييز أو لا تكون كذلك فإن كان لها حيض محكوم به بذلك فحكمها فيه حكم غير المستحاضة إذا مرت لها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها، قال أحمد: المستحاضة تعتد أيام إقرائها التي كانت تعرف وإن

(١) حبان بن منقذ الأنصاري له صحبة روى عنه ابنه واسع بن حبان وهو بفتح الحاء.

علمت أن لها في كل شهر حيضة ولم تعلم موضعها فعدتها ثلاثة أشهر وإن شكت في شيء تربصت حتى تستيقن أن القروء الثلاث قد انقضت، وإن كانت مبتدأة لا تمييز لها أو ناسية لا تعرف لها وقتاً ولا تمييزاً فعن أحمد روايتان:

إحداهما: أن عدتها ثلاثة أشهر، وهو قول عكرمة وقتادة وأبي عبيد لأن النبي ﷺ أمر حمنة بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة فجعل لها حيضة في كل شهر تترك فيها الصلاة والصيام ويثبت فيها سائر أحكام الحيض فيجب أن تنقضي به العدة لأن ذلك من أحكام الحيض.

والرواية الثانية: تعتد سنة بمنزلة من رفعت حيضتها لا تدري ما رفعها؟ قال أحمد: إذا كانت قد اختلطت ولم تعلم إقبال الدم وإدباره اعتدت سنة لحديث مر لأن به يتبين الحمل، وهو قول مالك وإسحاق، لأنها لم تتيقن لها حيضاً مع أنها من ذوات القروء فكانت عدتها سنة كالتي ارتفع حيضها. وعلى الرواية الأولى ينبغي أن يقال إننا متى حكمنا بأن حيضها سبعة أيام من كل شهر فمضى لها شهران بالهلال وسبعة أيام من أول الثالث فقد انقضت عدتها وإن قلنا القروء الأطهار فطلقها في آخر شهر ثم مر لها شهران، وهل الثالث انقضت عدتها. وهذا مذهب الشافعي.

مسألة: قال: (ولو طلقها وهي من اللائي لم يحضن فلم تنقض عدتها بالشهور حتى حاضت استقبلت العدة بثلاث حيض إن كانت حرة وبحيضتين إن كانت أمة)

وجملته أن الصغيرة التي لم تحض أو البالغ التي لم تحض إذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها استئناف العدة في قول عامة علماء الأمصار منهم سعيد بن المسيب والحسن ومجاهد وقتادة والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وأهل المدينة وأهل البصرة وذلك لأن الشهور بدل الحيض، فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع الماء ويلزمها أن تعتد بثلاث حيض إن قلنا القروء الحيض، وإن قلنا القروء الاطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: تعتد به لأنه طهر انتقلت منه إلى حيض فأشبه الطهر بين الحيضتين. **والثاني**: لا تعتد به، وهو ظاهر كلام الشافعي لأن القرء هو الطهر بين الحيضتين وهذا لم يتقدمه حيض فلم يكن قرءاً، فأما إن انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت بعدها ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة لأنه معنى حدث بعد انقضاء العدة كالتي حاضت بعد انقضاء العدة بزمن طويل ولا يمكن منع هذا الأصل، لأنه لو صح منعه لم يحصل لمن لم تحض الاعتداد بالشهور بحال.

فصل: ولو حاضت حيضة أو حيضتين ثم صارت من الآيسات استأنفت العدة بثلاثة أشهر لأن العدة لا تلفق من جنسين وقد تعذر إتمامها بالحيض فوجب تكميلها بالأشهر وإن ظهر

بها حمل من الزوج سقط حكم ما مضى وتبين أن ما رأتـه من الدم لم يكن حيضـاً لأن الحامـل لا تحيض ولـو حاضت ثـلاث حيض ثم ظهر بهـا حمل لأقـل من ستة أشهـر منذ انقضت الحيضـة الثالثة تبينا أن الدم ليس بحيض لأنها كانت حاملاً مع رؤية الدم والحامل لا تحيض ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن أن يكون حادثاً بعد انقضاء العدة بأن تأتي به لستة أشهر منذ فرغت من عدتها لم تلحق بالزوج وحكمنا بصحة الاعتداد، وكان هذا الولد حادثاً، وإن أتت به لدون ذلك تبيناً أن الدم ليس بحيض، لأنه لا يجوز وجوده في مدة الحمل.

فصل: وإذا ارتابت به المعتدة ومعناه أن ترى أمارات الحم لمن حركة أو نفخة ونحوهما وشكت هل هو حمل أم لا؟ فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تحدث به الريبة قبل انقضاء عـدتها فـإنما تبقى في حكم الاعتـداد حتى تزول الريبة، فإن بان حمـلاً انقضت عدتهـا بوضعـه فإن زالت وبـان أنه ليس بحمـل تبينا أن عـدتها انقضت بالقروء أو الشهور، فإن زوجت قبل زوال الريبة فالنكـاح باطـل لأنها تزوجت وهي في حكم المعتـدات في الظاهـر ويحتمل أنـه إذا تبين عـدم الحمل أنـه يصح النكـاح لأنـا تبينـا أنها تزوجت بعد انقضاء عدتها.

الثاني: أن تظهر الريبة بعد انقضاء عدتها والتزويج فالنكاح صحيح لأنه وجد بعد قضاء العدة ظاهراً والحمل مع الريبة مشكوك فيه ولا يزول به ما حكم بصحته، لكن لا يحل لـزوجها وطؤها لأننا شككنـا في صحة النكـاح ولأنه لا يحـل لمن يؤمن بالله واليـوم الآخر أن يسقي مـاءه زرع غيره ثم ننظر، فإن وضعت الولد لأقل من ستة أشهر منذ تزويجهـا الثاني ووطئهـا فنكاحـه باطل لأنه نكحها وهي حامل، وإن أتت به لأكثر من ذلك فالولد لاحق به ونكاحه صحيح.

الحال الثالث: ظهرت الريبة بعد قضاء العدة وقبل النكاح ففيه وجهان:

أحدهما: لا يحـل لها أن تـتزوج وإن تزوجت فـالنكاح بـاطل لأنها تـتزوج مع الشـك في انقضاء العدة فلم يصح كما لو وجدت الريبة في العدة ولأننا لو صححنا النكاح لوقع موقوفاً ولا يجوز كون النكاح موقوفاً، ولهذا لو أسلم وتخلفت امـرأته في الشرك لم يجـز أن يتزوج أختهـا لأن نكاحها يكون موقوفاً على إسلام الأولى. والثاني: يحل لها النكاح ويصح لأننا حكمنـا بانقضـاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى فلا يجوز زوال ما حكم به بالشك الطارىء ولهذا لا ينقض الحاكم ما حكم به بتغير اجتهاده ورجوع الشهود.

فصل: وإذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها خرجت بالقرعـة وعليها العـدة دون غيرهـا وتحسب عـدتها من حـين طلق لا من حـين القـرعـة، وإن طلق واحـدة بعينهـا وأنسبهـا. ففي أصحابنا الحكم فيها كذلك والصحيح أنه يحرم عليه الجميع، فإن مات فعـلى الجميع الاعتـداد بأقصى الأجلين من عدة الطلاق والوفاة، لأن النكاح كان ثابتـاً بيقين، وكـل واحدة منهن يجـوز أن تكـون هي المطلقـة وإن تكون زوجـة فوجب أقصى الأجلين وإن كـان الطلاق بـائناً ليسقط

الفرض بيقين كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها لزمه أن يصلي خمس صلوات، لكن ابتداء القرء من حين طلق وابتداء عدة الوفاء من حين الموت وهذا مذهب الشافعي وإن طلق الجميع ثلاثاً بعد ذلك فعليهن كلهن تكميل عدة الطلاق من حين طلقهن ثلاثاً، وإن طلق ثلاثاً وأنسبهن فهو كما لو طلق واحدة.

مسألة: قال: (ولو مات عنها وهو حر أو عبد قبل الدخول أو بعده انقضت عدتها لتمام أربعة أشهر وعشر إن كانت حرة ولتمام شهرين وخمسة أيام إن كانت أمة)

أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشر مدخولاً بها أو غير مدخول بها سواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ وذلك لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة: ٢٣٤] وقال النبي ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً» متفق عليه.

فإن قيل: ألا حملتم الآية على المدخول بها كما قلتم في قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] قلنا إنما خصصنا هذه بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ولا أمكن قياسها على المطلقة في التخصيص لوجهين. **أحدهما**: أن النكاح عقد عمر فإذا مات انتهى والشيء إذا انتهى تقررت أحكامه كتقرر أحكام الصيام بدخول الليل وأحكام الإجارة بانقضائها والعدة من أحكامه. **والثاني**: أن المطلقة إذا أتت بولد يمكن الزوج تكذيبها ونفيه باللعان وهذا ممتنع في حق الميت فلا يؤمن أن تأتي بولد فيلحق الميت نسبه وما له من ينفيه فاحتطنا بإيجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والمبيت في غير منزلها حفظاً لها.

إذا ثبت هذا فإنه لا يعتبر وجود الحيض في عدة الوفاة في قول عامة أهل العلم وحكي عن مالك أنها إذا كانت مدخولاً بها وجب أربعة أشهر وعشر فيها حيضة. واتباع الكتاب والسنة أولى، ولأنه لو اعتبر الحيض في حقها لاعتبر ثلاثة قروء كالمطلقة، وهذا الخلاف يختص بذات القرء، فأما الآيسة والصغيرة فلا خلاف فيها، وأما الأمة المتوفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام في قول عامة أهل العلم منهم سعيد بن المسيب وعطاء وسليمان بن يسار والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وغيرهم إلا ابن سيرين فإنه قال: ما أرى عدة الأمة إلا كعدة الحرة إلا أن تكون قد مضت في ذلك سنة فإن السنة أحق أن تتبع وأخذ بظاهر النص وعمومه ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على أن عدة الأمة المطلقة على النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة.

فصل: والعشر المعتبرة في العدة هي عشر ليال بأيامها فتجب عشرة أيام مع الليالي وبهذا قال مالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأي، وقال الأوزاعي يجب عشر ليالي

وتسعة أيام لأن العشر تستعمل في الليالي دون الأيام وإنما دخلت الأيام اللاتي في أثناء الليالي تبعاً قلنا العرب تغلب اسم التأنيث في العدد خاصة على المذكر فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها كما قال الله تعالى: ﴿آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾ [مريم: ١٠] يريد أيامها بدليل أنه قال في موضع آخر ﴿آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: ٤١] يريد بلياليها ولو نذر اعتكاف العشر الأخير من رمضان لزمه الليالي والأيام، ويقول القائل: سرنا عشراً يريد الليالي بأيامها، فلم يجز نقلها عن العدة إلى الإباحة بالشك.

فصل: وإذا مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً بلا خلاف، وقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك وذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وينالها ميراثه فاعتدت للوفاة كغير المطلقة، وإن مات مطلق البائن في عدتها بنت على عدة الطلاق إلا أن يطلقها في مرض موته فإنها تعتد أطول الأجلين من عدة الوفاة أو ثلاثة قروء نص على هذا أحمد وبه قال الثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن وقال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر تبني على عدة الطلاق لأنه مات وليست زوجة له لأنها بائن من النكاح فلا تكون منكوحة.

ولنا: إنها وارثة له فيجب عليها عدة الوفاة الرجعية، وتلزمها عدة الطلاق لما ذكروا في دليلهم وإن مات المريض المطلق بعد انقضاء عدتها بالحيض أو بالشهور أو بوضع الحمل أو كان طلاقه قبل الدخول فليس عليها عدة لموته، وقال القاضي عليهن عدة الوفاة إذا قلنا يرثنه لأنهن يرثنه بالزوجية فتجب عليهن عدة الوفاة كما لو مات بعد الدخول وقبل قضاء العدة، ورواه أبو طالب عن أحمد في التي انقضت عدتها، وذكر ابن أبي موسى فيها روايتين، والصحيح أنها لا عدة عليها لأن الله تعالى قال: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] وقال: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقال: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم ولأنها أجنبية تحل للأزواج ويحل للمطلق نكاح أختها وأربع سواها فلم تجب عليها عدة لموته كما لو تزوجت، وتخالف التي مات في عدتها فإنها لا تحل لغيره في هذه الحال ولم تنقض عدتها ولا نسلم أنها ترثه فإنها لو ورثته لأفضى إلى أن يرث الرجل ثماني زوجات فأما إن تزوجت إحدى هؤلاء فلا عدة عليها بغير خلاف نعلمه ولا ترثه أيضاً وإن كانت المطلقة البائن لا ترث كالأمة أو الحرة يطلقها العبد أو الذمية يطلقها المسلم والمختلعة أو فاعلة ما يفسخ نكاحها لم تلزمها عدة سواء مات زوجها في عدتها أو بعدها على قياس قول أصحابنا فهم عللوا نقلها إلى عدة الوفاة بإرثها وهذه ليست وارثة فأشبهت المطلقة في الصحة وأما المطلقة في الصحة إذا كانت بائناً فمات زوجها فإنها تبني على عدة الطلاق ولا تعتد للوفاة وهذا قول مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر وقال الثوري وأبو حنيفة عليها أطول الأجلين كما لو طلقها في مرض موته.

ولنا: قوله سبحانه: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ولأنها أجنبية منه في نكاحه وميراثه والحل له ووقوع طلاقه وظهاره وتحل له أختها وأربع سواها فلم تعتد لوفاته كما لو انقضت عدتها، وذكر القاضي في المطلقة في المرض أنها إذا كانت حاملاً تعتد أطول الأجلين، وليس هذا بشيء لأن وضع الحمل تنقضي به كل عدة، ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل على ما نذكره في المسألة التي تلي هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال: (ولو طلقها أو مات عنها وهي حامل منه لم تنقض عدتها إلا بوضع الحمل أمة كانت أو حرة)

أجمع أهل العلم في جميع الأعصار على أن المطلقة الحامل تنقضي عدتها بوضع حملها وكذلك كل مفارقة في الحياة وأجمعوا أيضاً على أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً أجلها وضع حملها إلا ابن عباس، وروي عن علي من وجه منقطع أنها تعتد بأقصى الأجلين وقاله أبو السنابل بن بعكك في حياة النبي ﷺ فرد عليه النبي ﷺ قوله. وقد روي عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث سبيعة وكره الحسن والشعبي أن تنكح في دمها ويحكى عن حماد وإسحاق أن لما بلغه حديث سبيعة وكره الحسن والشعبي أن تنكح في دمها ويحكى عن جماد وأسحاق أن عدتها لا تنقضي حتى تطهر وأبى سائر أهل العلم هذا القول، وقالوا لو وضعت بعد ساعة من فواة زوجها حل لها أن تتزوج ولكن لا يطؤها زوجها حتى تطهر من نفاسها وتغتسل وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]. وروي عن أبي بن كعب قال قلت للنبيّ ﷺ: ﴿وَأُوْلَاتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]. للمطلقة ثلاثاً أو للمتفى عنها؟ قال: «هي للمطلقة ثلاثاً وللمتوفى عنها» وقال ابن مسعود من شاء باهلته أو لاعنته أن الآية التي في سورة النساء القصرى: ﴿وَأُوْلَاتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]. نزلت بعد التي في سورة البقرة: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً﴾ [البقرة: ٢٣٤]. يعني أن هذه الآية هي الأخيرة فتقدم على ما خالفها من عموم الآيات المتقدمة ويخص بها عمومها.

وروى عبد الله بن الأرقم «أن سبيعة الأسلمية اخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب أن وضعت حملها بعد وفاته فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك فقال ما لي أراك متجملة لعلك ترجين النكاح؟ إنك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر. قالت سبيعة فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين أمسيت فأتيت رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي فأمرني بالتزويج أن بدا لي» متفق عليه. وقال ابن عبد البر هذا حديث صحيح قد جاء من وجوه شتى كلها ثابتة إلا ما روي عن ابن عباس وروي عن علي من وجه منقطع، ولأنها معتدة حامل فتنقضي عدتها بوضعه كالمطلقة يحققه أن العدة إنما شرعت لمعرفة براءتها من الحمل ووضعه أدل الأشياء على البراءة منه فوجب أن تنقضي العدة ولأنه لا خلاف في بقاء العدة ببقاء الحمل فوجب أن تنقضي به كما في حق المطلقة.

فصل: وإذا كان الحمل واحداً انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه، وإن ظهر بعضه فهي في عدتها حتى ينفصل باقيه لأنها لا تكون واضعة لحملها ما لم يخرج كله وإن كان الحمل اثنين أو أكثر لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر لأن الحمل هو الجميع، هذا قول جماعة أهل العلم إلا أبا قلابة وعكرمة فإنهما قالا تنقضي عدتها بوضع الأول ولا تتزوج حتى تضع الآخر.

وذكر ابن أبي شيبة عن قتادة عن عكرمة أنه قال إذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها، قيل له فتتزوج؟ قال لا قال قتادة خصم العبد، وهذا قول شاذ يخالف ظاهر الكتاب وقول أهل العلم والمعنى فإن العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل فإذا علم وجود الحمل فقد تيقن وجود الموجب للعدة وانتفت البراءة الموجبة لانقضائها ولأنها لو انقضت عدتها بوضع الأول لأبيح لها النكاح كما لو وضعت الآخر فإن وضعت ولداً وشكت في وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتتيقن أنها لم يبق معها حمل لأن الأصل بقاؤها فلا يزول بالشك.

مسألة: قال: (والحمل الذي تنقضي به العدة ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان حرة كانت أو أمة)

وجملة ذلك أن المرأة إذا ألقت بعد فرقة زوجها شيئاً لم يخل من خمسة أحوال. **أحدها**: أن تضع ما بان فيه خلق الآدمي من الرأس واليد والرجل فهذا تنقضي به العدة بلا خلاف بينهم. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن عدة المرأة تنقضي بالسقط إذا علم أنه ولد. وممن نحفظ عنه ذلك الحسن وابن سيرين وشريح والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق.

قال الأثرم قلت لأبي عبد الله إذا نكس في الخلق الرابع؟ يعني تنقضي به العدة؟ فقال إذا نكس في الخلق الرابع فليس فيه اختلاف ولكن إذا تبين خلقه هذا أدل وذلك لأنه إذا بان فيه شيء من خلق الآدمي علم أنه حمل فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

الحال الثاني: ألقت نطفة أو دماً لا تدري هل هو ما يخلق منه الآدمي أولا فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام لأنه لم يثبت أنه ولد لا بالمشاهدة ولا بالبينة.

الحال الثالث: ألقت مضغة لم تبن فيها الخلقة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمي فهذا في حكم الحال الأول لأنه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد.

الحال الرابع: إذا ألقت مضغة لا صورة فيها فشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي فاختلف عن أحمد فنقل أبو طالب أن عدتها لا تنقضي به ولا تصير به أم ولد لأنه لم يبن فيه خلق آدمي فأشبه الدم وقد ذكر هذا قولاً للشافعي وهو اختيار أبي بكر.

ونقل الأثرم عن أحمد أن عدتها لا تنقضي به ولكن تصير أم ولد لأنه مشكوك في كونه ولداً فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه ولم يجز بيع الأمة الوالدة له مع الشك في رقها

فيثبت كونها أم ولد احتياطاً ولا تنقضي العدة احتياطاً، ونقل حنبل أنها تصير أم ولد ولم يذكر العدة فقال بعض أصحابنا على هذا تنقضي به العدة وهو قول الحسن وظاهر مذهب الشافعي لأنهم شهدوا بأنه خلقة آدمي أشبه ما لو تصور، والصحيح أن هذا ليس برواية في العدة لأنه لم يذكرها ولم يتعرض لها.

الحال الخامس: أن تضع مضغة لا صورة فيها ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمي فهذا لا تنقضي به عدة ولا تصير به أم ولد لأنه لم يثبت كونه ولداً ببينة ولا مشاهدة فأشبه العلقة فلا تنقضي العدة بوضع ما قبل المضغة بحال سواء كان نطفة أو علقة وسواء قيل إنه مبتدأ خلق آدمي أو لم يقل نص عليه أحمد فقال أما إذا كان علقة فليس بشيء إنما هي دم لا تنقضي به عدة ولا تعتق به أمة ولا نعلم مخالفاً في هذا إلا الحسن فإنه قال إذا علم أنها حمل انقضت به العدة وفيه الغرة، والأول أصح وعليه الجمهور، وأقل ما تنقضي به العدة من الحمل أن تضعه بعد ثمانين يوماً منذ أمكنه وطؤها لأن النبي ﷺ قال: «إن خلق أحدكم ليجمع في بطن أمة فيكون نطفة أربعين يوماً ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك» ولا تنقضي العدة بما دون المضغة فوجب أن تكون بعد الثمانين فأما بعد الأربعة أشهر فليس فيه إشكال لأنه منكس في الخلق الرابع.

فصل: وأقل مدة الحمل ستة أشهر لما روى الأثرم بإسناده عن أبي الأسود أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر فهم عمر برجمها فقال له علي ليس لك ذلك قال الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقال تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْراً﴾ [الأحقاف: ١٥] فحولان وستة أشهر ثلاثون شهراً لا رجم عليها فخلى عمر سبيلها وولدت مرة أخرى لذلك الحد ورواه الأثرم أيضاً عن عكرمة أن ابن عباس قال ذلك قال عاصم الأحول فقلت لعكرمة إنا بلغنا أن علياً قال هذا فقال عكرمة لا ما قال هذا إلا ابن عباس وذكر ابن قتيبة في المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم.

مسألة: قال: (ولو طلقها أو مات عنها فلم تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد وانقضت عدتها به)

ظاهر المذهب أن أقصى مدة الحمل أربع سنين، وبه قال الشافعي وهو المشهور عن مالك وروي عن أحمد أن أقصى مدته سنتان وروي ذلك عن عائشة وهو مذهب الثوري وأبي حنيفة لما روت جميلة بنت سعد عن عائشة لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل ولأن التقدير إنما يعلم بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف ها هنا ولا اتفاق إنما هو على ما ذكرنا وقد وجد ذلك فإن الضحاك ابن مزاحم وهرم بن حيان حملت أم كل واحد منهما به سنتين وقال الليث أقصاه ثلاث سنين حملت مولاة لعمر بن عبد الله ثلاث سنين وقال عباد بن العوام خمس سنين وعن الزهري قال قد تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين وقال أبو عبيد ليس لأقصاه وقت يوقف عليه.

ولنا : إن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود وقد وجد الحمل لأربع سنين فروى الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس حديث جميلة بنت سعد عن عائشة لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل قال مالك سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد وقال الشافعي بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين وقال أحمد نساء بني عجلان يحملن أربع سنين وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة أربع سنين وبقي محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن بن علي في بطن أمه أربع سنين وهكذا إبراهيم بن نجيح العقيلي حكى ذلك أبو الخطاب وإذا تقرر وجوده وجب أن يحكم به ولا يزاد عليه لأنه ما وجد ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل، وروي ذلك عن عثمان وعلي وغيرهما. إذا ثبت هذا فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل فإن الولد لاحق بالزوج وعدتها منقضية به.

فصل: وإن أتت بالولد لأربع سنين منذ مات أو بانت منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها إن كانت رجعية لم يلحقه ولدها لأننا نعلم أنها علقت به بعد زوال النكاح والبينونة منه وكونها قد صارت منه أجنبية فأشبهت سائر الأجنبيات ومفهوم كلام الخرقي أن عدتها لا تنقضي به لأنه لا ينتفي عنه بغير لعان فلم تنقض عدتها منه بوضعه كما لو أتت له لأقل من ستة أشهر منذ نكحها، قال أبو الخطاب هل تنقضي به العدة؟ على وجهين.

وذكر القاضي أن عدتها تنقضي به وهو مذهب الشافعي لأنه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه بأن يكون قد وطئها بشبهة أو جدد نكاحها فوجب أن تنقضي به العدة وإن لم يلحق به كالولد المنفي باللعان وبهذا فارق الذي أتت به لأقل من ستة أشهر فإنه ينتفي عنه يقيناً ثم ناقضوا قولهم فقالوا لو تزوجت في عدتها وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثاني ولأكثر من أربع سنين من حين بانت من الأول فالولد منتف عنهما ولا تنقضي عدتها بوضعه عن واحد منهما وهذا أصح فإن احتمال كونه منه لم يكف في إثبات نسب الولد منه مع أنه يثبت بمجرد الإمكان فلأن لا يكفي في انقضاء العدة أولى وأحرى وما ذكروه منتقض بما سلموه وما ذكروه من الفرق بين هذا وبين الذي أتت به لأقل من ستة أشهر غير صحيح فإنه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة أو بنكاح غير هذا النكاح الذي أتت بالولد فيه فاستويا.

وأما المنفي باللعان فإنا نفينا الولد عن الزوج بالنسة إليه ونفينا حكمه في كونه منه بالنسبة إليها حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها وانقضاء عدتها من الأحكام المتعلقة بها دونه فثبتت.

فصل: وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعداً من بعد انقضائها لم يلحق نسبه بالزوج، وبه قال أبو حنيفة وابن سريج وقال مالك والشافعي يلحق به ما لم تتزوج أو يبلغ أربع سنين وكلام الخرقي يحتمل ذلك فإنه أطلق قوله إذا أتت بولد بعد

طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد وذلك لأنه ولد يمكن كونه منه وليس معه من هو أولى منه ولا من يساويه فوجب أن يلحق به كما لو أتت به بعد عقد النكاح.

ولنا: إنها أتت به بعد الحكم بقضاء عدتها وحل النكاح لها بمدة الحمل فلم يلحق به كما لو أتت به بعد انقضاء عدتها بوضع حملها لمدة الحمل وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء النكاح أو آثاره وقد زال ذلك، وإن انقضت بالشهور ثم أتت بولد لدون أربع سنين لحقه نسبه لأنها إن كانت تدعي الإياس تبينا كذبها فإن من تحمل ليست بآيسة وإن كانت من اللائي لم يحضن أو متوفى عنها لحقه ولدها لأنه لم يوجد في حقها ما ينافي كونها حاملاً.

فصل: وإذا مات الصغير الذي لا يولد لمثله عن زوجته فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض العدة بوضعه، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إن مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع فإن ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به.

وقد روي عن أحمد في الصبي مثل قول أبي حنيفة وذكره ابن أبي موسى قال أبو الخطاب وفيه بعد وهكذا الخلاف فيما إذا تزوج بامرأة ودخل بها وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح فإنها لا تعتد بوضعه عندنا، وعنده تعتد به واحتج بقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

ولنا: إن هذا حمل منفي عنه يقيناً فلم تعتد بوضعه كما لو ظهر بعد موته والآية واردة في المطلقات ثم هي مخصوصة بالقياس الذي ذكرناه.

إذا ثبت: هذا فإن عدتها تنقضي بوضع الحمل من الوطء الذي علقت به منه سواء كان هذا الولد ملحقاً بغير الصغير مثل أن يكون من عقد فاسد أو وطء شبهة أو كان من زنا لا يلحق بأحد لأن العدة تجب من كل وطء فإذا وضعته اعتدت من الصبي بأربعة أشهر وعشر لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان، وإن كانت الفرقة في الحياة بعد الدخول كزوجة كبير دخل بها ثم طلقها وأتت بولد لدون ستة أشهر منذ تزوجها فإنها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء وكذلك إذا طلق الخصي المجبوب امرأته أو مات عنها فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض عدتها بوضعه وتنقضي به عدة الوطء ثم تستأنف عدة الطلاق أو عدة الوفاة على ما بيناه، وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أن الولد يلحق به لأنه قد يتصور منه الإنزال بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزل فعلى هذا القول يلحق به الولد وتنقضي به العدة والصحيح أن هذا لا يلحق به ولد لأنه لم تجر به عادة فلا يلحق به ولدها كالصبي الذي لم يبلغ عشر سنين ولو تزوج امرأة في مجلس الحاكم ثم طلقها في المجلس أو تزوج المشرقي بالمغربية ثم أتت بولد لا يمكن أن يكون منه بعد اجتماعهما بمدة الحمل فإنه لا يلحقه نسبه ولا تنقضي العدة بوضعه.

مسألة: قال: (ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها فرق بينهما وبنت على ما مضى من عدة الأول ثم استقبلت العدة من الثاني)

وجملة الأمر أن المعتدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها إجماعاً أي عدة كانت لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٥] ولأن العدة إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب، وإن تزوجت فالنكاح باطل لأنها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الأول فكان نكاحاً باطلاً كما لو تزوجت وهي في نكاحه ويجب أن يفرق بينه وبينها فإن لم يدخل بها فالعدة بحالها ولا تنقطع بالعقد الثاني لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشاً ولا يستحق عليه بالعقد شيء وتسقط سكناها ونفقتها عن الزوج الأول لأنها ناشز، وإن وطئها انقطعت العدة سواء علم التحريم أو جهله، وقال أبو حنيفة: لا تنقطع لأن كونها فراشاً لغير من له العدة لا يمنعها كما لو وطئت بشبهة وهي زوجة فإنها تعتد، وإن كانت فراشاً للزوج، وقال القاضي: إن وطئها عالماً بأنها معتدة وأنها تحرم فهو زان فلا تنقطع العدة بوطئه لأنها لا تصير به فراشاً ولا يلحق به نسب، وإن كان جاهلاً أنها معتدة أو بالتحريم انقطعت العدة بالوطء لأنها تصير به فراشاً والعدة تراد للاستبراء وكونها فراشاً ينافي ذلك، فوجب أن يقطعها فأما طريانه عليها فلا يجوز.

ولنا: إن هذا وطء بشبهة نكاح فتنقطع به العدة كما لو جهل، وقولهم: إنها تصير به فراشاً قلنا لكنه لا يلحق نسب الولد الحادث من وطئه بالزوج الأول فهما شيئان، إذا ثبت هذا فعليه فراقها فإن لم يفعل وجب التفريق بينهما فإن فارقها أو فرق بينهما وجب عليها أن تكمل عدة الأول لأن حقه أسبق وعدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح فإذا أكملت عدة الأول وجب عليها أن تعتد من الثاني ولا تتداخل العدتان لأنهما من رجلين وهذا مذهب الشافعي.

وقال أبو حنيفة يتداخلان فتأتي بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني تكون عن بقية عدة الأول وعدة الثاني لأن القصد معرفة براءة الرحم وهذا تحصل به براءة الرحم منهما جميعاً.

ولنا: ما روى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار «أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ونكحها غيره في عدتها فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجها ضربات بمخفقة وفرق بينهما ثم قال أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطباً من الخطاب وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحها أبداً» وروى بإسناده عن علي أنه قضى في التي تزوج في عدتها: أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من عدة الأول وتعتد من الآخر وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما في الصحابة مخالف، ولأنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين واليمينين، ولأنه حبس يستحقه الرجال على النساء فلم يجز أن تكون المرأة في حبس رجلين كحبس الزوجة.

مسألة: قال: (وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين)

يعني للزوج الثاني أن يتزوجها بعد انقضاء العدتين، فأما الزوج الأول فإن كان طلاقه ثلاثاً لم تحل له بهذا النكاح وإن وطيء فيه لأنه نكاح باطل وإن كان طلاقه دون الثلاث فله نكاحها أيضاً بعد العدتين، وإن كانت رجعية فله رجعتها في عدتها منه، وعن أحمد رواية أخرى: أنها تحرم على الزوج الثاني على التأبيد وهو قول مالك وقديم قولي الشافعي لقول عمر: «لا ينكحها أبداً» ولأنه استعجل الحق قبل وقته فحرمه في وقته كالوارث إذا قتل موروثه ولأنه يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد كاللعان. وقال الشافعي في الجديد: له نكاحها بعد انقضاء عدة الأول ولا يمنع من نكاحها في عدتها منه ولأنه وطء يلحق به النسب فلا يمنع من نكاحها في عدتها منه كالوطء في النكاح ولأن العدة إنما شرعت حفظاً للنسب وصيانة للماء، والنسب لاحق به ها هنا. فأشبه ما لو خالعها ثم نكحها في عدتها، وهذا حسن موافق للنظر.

ولنا: على إباحتها بعد العدتين أنه لا يخلو إما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء في النكاح الفاسد أو بهما، وجميع ذلك لا يقتضي التحريم بدليل ما لو نكحها بلا ولي ووطئها ولأنه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأبيد فهذا أولى ولأن آيات الإباحة عامة لقول الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]. وقوله: (﴿الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[النساء: ٢٥]. فلا يجوز تخصيصها بغير دليل. وما روي عن عمر في تحريمها فقد خالفه علي فيه. وروي عن عمر أنه رجع عن قوله في التحريم إلى قول علي. فإن علياً قال: «إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب» فقال عمر: «ردوا الجهالات إلى السنة» ورجع إلى قول علي وقياسهم يبطل بما إذا زنى بها فإنه قد استعجل وطأها ولا تحرم عليه على التأبيد، ووجه تحريمها عليه قبل انقضاء عدة الثاني عليه قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٥] ولأنه وطء يفسد به النسب فلم يجز النكاح في العدة منه كوطء الأجنبي.

فصل: وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو في نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطيء وغيره، والأولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه إن كان يلحقه نسب ولدها لأن العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه، ولا يصان ماؤه المحترم عن مائه المحترم ولا يحفظ نسبه عنه، ولذلك أبيح للمختلعة نكاح من خالعها، ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها لأن نكاحها يفضي إلى اشتباه النسب فالواطيء كغيره في أن الولد لا يلحق نسبه بواحد منهما.

مسألة: قال: (وإن أتت بولد يمكن أن يكون منهما أري القافة وألحق بمن ألحقوه منهما وانقضت عدتها منه واعتدت للآخر)

وجملته: أنها إذا كانت حاملاً انقضت عدتها منه بوضع حملها لقوله سبحانه: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] ثم ننظر فإن كان يمكن أن يكون من الأول دون الثاني وهو أن تأتي به لدون ستة أشهر من وطء الثاني وأربع سنين فما دونها من فراق الأول فإنه يلحق بالأول وتنقضي عدتها به منه بوضعه ثم تعتد بثلاثة قروء عن الثاني. وإن أمكن كونه

من الثاني دون الأول وهو أن تأتي به لستة أشهر فما زاد إلى أربع سنين من وطء الثاني ولأكثر من أربع سنين منذ بانت من الأول فهو ملصق بالثاني دون الأول فتنقضي به عدتها من الثاني ثم تتم عدة الأول وتقدم عدة الثاني ها هنا على عدة الأول لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من إنسان والعدة من غيره. وإن أمكن أن يكون منهما وهو أن تأتي به لستة أشهر فصاعداً من وطء الثاني ولأربع سنين فما دونها من بينونتها من الأول أري القافة فإن ألحقته بالأول لحق به كما لو أمكن أن يكون منه دون الثاني، وإن ألحقته بالثاني لحق به وكان الحكم كما لو أمكن كونه من الثاني دون الأول. فإن أشكل أمره على القافة أو لم تكن قافة لزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء، لأنه إن كان من الأول فقد أتت بما عليها من عدة الثاني وإن كان من الثاني فعليها أن تكمل عدة الأول ليسقط الفرض بيقين، فأما الولد فقال أبو بكر: يضيع نسبه لأنه لا دليل على نسبته إلى واحد منهما فأشبه ما لو كان مجنوناً لم ينتسب إلى واحد منهما وقال أبو عبد الله بن حامد يترك حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما، ومقتضى المذهب أن تنقضي عدتها به منهما جميعاً لأن نسبه ثبت منهما كما تنقضي عدتها به من الواحد الذي يثبت نسبه منهما، وإن نفته القافة عنهما فحكمه حكم ما لو أشكل أمره وتعتد بعد وضعه بثلاث قروء ولا ينتفي عنهما بقول القافة لأن عمل القافة في ترجيح أحد صاحبي الفراش لا في النفي عن الفراش كله، ولهذا لو كان صاحب الفراش واحداً فنفته القافة عنه لم ينتف عنه بقولها. فأما إن ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثاني ولأكثر من أربع سنين من فراق الأول لم يلحق بواحد منهما ولا تنقضي به عدتها منه لأننا نعلم أنه وطء آخر فتنقضي به عدتها من ذلك الوطء ثم تتم عدة الأول وتستأنف عدة الثاني لأنه قد وجد ما يقتضي عدة ثالثة وهو الوطء الذي حملت منه فتجب عليها عدتان وإتمام العدة الأولى.

فصل: وإذا تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة وتحريم النكاح فيها ووطئها فهما زانيان عليهما حد الزنا ولا مهر لها ولا يلحقه النسب. وإن كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ثبت النسب وانتفى الحد ووجب المهر، وإن علم هو دونها فعليه الحد والمهر ولا نسب له، وإن علمت هي دونه فعليها الحد ولا مهر لها والنسب لاحق به وإنما كان كذلك لأن هذا نكاح متفق على بطلانه فأشبه نكاح ذوات محارمه.

فصل: وإذا خالع الرجل زوجته أو فسخ نكاحه فله أن يتزوجها في عدتها في قول جمهور الفقهاء، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهري والحسن وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وشذ بعض المتأخرين فقال لا يحل له نكاحها ولا خطبتها لأنها معتدة.

ولنا: إن العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ولا يصان ماؤه عن مائه إذا كانا من نكاح صحيح فإذا تزوجها انقطعت العدة لأن المرأة تصير فراشاً له بعقده ولا يجوز أن تكون زوجة معتدة فإن وطئها ثم طلقها لزمتها عدة مستأنفة ولا شيء عليها من الأولى لأنها قد انقطعت وارتفعت وإن طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف العدة أو تبني على ما مضى؟ قال القاضي فيه روايتان: إحداهما: تستأنف وهو قول أبي حنيفة لأنه طلاق لا يخلو من عدة فأوجب عدة مستأنفة كالأول.

والثانية: لا يلزمها استئناف عدة وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن لأنه طلاق في نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله سبحانه: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

وذكر القاضي في كتاب الروايتين أنه لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة لكن يلزمها إتمام بقية العدة الأولى لأن إسقاطها يفضي إلى اختلاط المياه لأنه يتزوج امرأة ويطؤها ويخلعها ثم يتزوجها ويطلقها في الحال ويتزوجها الثاني في يوم واحد. فإن خلعها حاملاً ثم تزوجها حاملاً ثم طلقها وهي حامل انقضت عدتها بوضع الحمل على كلتا الروايتين ولا نعلم فيه مخالفاً ولا تنقضي عدتها قبل وضعها بغير خلاف نعلمه، وإن وضعت حملها قبل النكاح الثاني فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثاني بغير خلاف أيضاً لأنه نكحها بعد انقضاء عدة الأول، وإن وضعته بعد النكاح الثاني وقبل طلاقه فمن قال يلزمها استئناف عدة أوجب عليها الاعتداد بعد طلاق الثاني بثلاثة قروء ومن لا يلزمها استئناف عدة لم يوجب عليها ها هنا عدة لأن العدة الأولى انقضت بوضع الحمل إذ لا يجوز أن تعتد الحامل بغير وضعه، وإن كانت من ذوات القروء أو الشهور فنكحها الثاني بعد مضي قرء أو شهر ثم مضى قرءان أو شهران قبل طلاقه من النكاح الثاني فقد انقطعت العدة بالنكاح الثاني فإن قلنا تستأنف العدة فعليها عدة تامة بثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر وإن قلنا تبني أتمت العدة الأولى بقرأين أو شهرين.

فصل: وإن طلقها طلاقاً رجعياً ثم ارتجعها في عدتها ووطئها ثم طلقها انقطعت العدة الأولى برجعته لأنه زال حكم الطلاق وتستأنف عدة من الطلاق الثاني لأنه طلاق من نكاح اتصل به المسيس وإن طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف عدة أو تبني على العدة الأولى؟ فيه روايتان: **أولاهما**: أنها تستأنف لأن الرجعة أزالت شعث الطلاق الأول وردتها إلى النكاح الأول فصار الثاني طلاقاً من نكاح اتصل به المسيس. **والثانية**: تبني لأن الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد، ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزمها لذلك الطلاق عدة فكذلك الرجعة، فإن فسخ نكاحها قبل الرجعة بخلع أو غيره احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق لان موجبه في العدة موجب الطلاق ولا فرق بينهما واحتمل أن تستأنف العدة لأنهما جنسان بخلاف الطلاق وإن لم يرتجعها بلفظه لكن وطئها في عدتها فهل تحصل بذلك رجعة أو لا؟ فيه روايتان:

إحداهما: تحصل به الرجعة فيكون حكمها حكم من ارتجعها بلفظه ثم وطئها سواء. **والثانية**: لا تحصل الرجعة به ويلزمها استئناف عدة لأنه وطء في نكاح تشعث فهو كوطء الشبهة، وتدخل بقية عدة الطلاق فيها لأنهما من رجل واحد، وإن حملت من هذا الوطء فهل تدخل فيها بقية الأولى؟ على وجهين: **أحدهما**: تدخل لأنهما من رجل واحد. **والثاني**: لا تدخل لأنهما من جنسين فعلى هذا إذا وضعت حملها أتمت عدة الطلاق، وإن وطئها وهي حامل ففي تداخل العدتين وجهان. فإن قلنا يتداخلان فانقضاؤهما معاً بوضع الحمل. وإن قلنا لا يتداخلان فانقضاء عدة الطلاق بوضع الحمل، وتستأنف عدة الوطء بالقروء.

فصل: فإن طلقها طلاقاً رجعياً فنكحت في عدتها من وطئها فقد ذكرنا أنها تبني على عدة الأول ثم تستأنف عدة الثاني ولزوجها الأول رجعتها في بقية عدتها منه لأن الرجعة إمساك للزوجة وطريان الوطء من أجنبي على النكاح لا يمنع إمساك زوجته كما لو كانت في صلب النكاح، وقيل ليس له رجعتها لأنها محرمة عليه فلم يصح له ارتجاعها كالمرتدة، والصحيح الأول فإن التحريم لا يمنع الرجعة كالإحرام. ويفارق الردة لأنها جارية إلى بينونة بعد الرجعة بخلاف العدة وإذا انقضت عدتها منه فليس له رجعتها في عدة الثاني لأنها ليست منه، وإذا ارتجعها في عدتها من نفسه وكانت بالقروء أو بالأشهر انقطعت عدته بالرجعة وابتدأت عدة من الثاني ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدة الثاني كما لو وطئت بشبهة في صلب نكاحه، وإن كانت معتدة بالحمل لم يكن شروعها في عدة الثاني قبل وضع الحمل لأنها بالقروء فإذا وضعت حملها شرعت في عدة الثاني وإن كان الحمل ملحقاً بالثاني فإنها تعتد به عن الثاني وتقدم عدة الثاني على الأول فإذا أكملتها شرعت في إتمام عدة الأول وله حينئذ أن يرتجعها لأنها في عدته، وإن أحب أن يرتجعها في حال حملها ففيه وجهان: **أحدهما**: ليس له ذلك لأنها ليست في عدته وهي محرمة عليه. فأشبهت الأجنبية أو المرتدة، **والثاني**: له رجعتها لأن عدتها منه لم تنقض، وتحريمها لا يمنع رجعتها كالمحرمة.

فصل: إذا تزوج رجل امرأة لها ولد من غيره فمات ولدها فإن أحمد قال يعتزل امرأته حتى تحيض حيضة، وهذا يروى عن علي بن أبي طالب والحسن ابنه ونحوه عن عمر بن الخطاب وعن الحسن بن علي والصعب بن جثامة وبه قال عطاء وعمر بن عبدالعزيز والنخعي ومالك وإسحاق وأبو عبيد. قال عمر بن عبدالعزيز لا يقربها حتى ينظر بها حمل أم لا، وإنما قالوا ذلك لأنها إن كانت حاملاً حين موته ورثه حملها، وإن حدث الحمل بعد الموت لم يرثه، فإن كان للميت ولد أو أب أو جد لم يحتج إلى استبرائها لأن الحمل لا ميراث له، وإن كانت حاملاً قد تبين حملها لم يحتج إلى استبرائها لأن الحمل معلوم وإن كانت آيسة لم يحتج إلى استبرائها لليأس من حملها، وإن كانت ممن يمكن حملها ولم يبين بها حمل ولم يعتزلها زوجها فأتت بولد قبل ستة أشهر ورث، وإن أتت به بعد ستة أشهر من حين وطئها بعد موت ولدها لم يرث لأنا لا نتيقن وجوده حال موته، هذا يروى عن سفيان وهو قياس قول الشافعي.

فصل في أحكام المفقود: إذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين: **أحدهما**: أن تكون غيبة غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله فلها أن تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه وأجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته وهذا قول النخعي والزهري ويحيى الأنصاري ومكحول والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وإسحاق وأصحاب الرأي وإن أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو ردته وبه قال الأوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق وقال الحسن إباقه طلاقه.

ولنا: إنه ليس بمفقود فلم ينفسخ نكاحه كالحر ومن تعذر الإنفاق من ماله على زوجته فحكمها في الفسخ حكم ما ذكرنا إلا أن العبد نفقة زوجته على سيده أو في كسبه فيعتبر تعذر الإنفاق من محل الوجوب.

الحال الثاني: أن يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع فهذا ينقسم قسمين **أحدهما**: أن يكون ظاهر غيبته السلامة كسفر التجارة في غير مهلكة وإباق العبد وطلب العلم والسياحة فلا تزول الزوجية أيضاً ما لم يثبت موته. وروي ذلك عن علي وإليه ذهب ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة والشافعي في الجديد وروي ذلك عن أبي قلابة والنخعي وأبي عبيد.

وقال مالك والشافعي في القديم تتربص أربع سنين وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للأزواج لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة وتعذر النفقة بالإعسار فلأن يجوز ها هنا لتعذر الجميع أولى، واحتجوا بحديث عمر في المفقود مع موافقة الصحابة له وتركهم إنكاره.

ونقل أحمد بن أصرم عن أحمد: إذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله وهذا يقتضي أن زوجته تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج، قال أصحابنا إنما اعتبر تسعين سنة من يوم ولادته لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر من هذا العمر، فإذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته كما لو كان فقده بغيبة ظاهرها الهلاك، والمذهب الأول لأن هذه غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بموته كما قبل الأربع سنين أو كما قبل التسعين ولأن هذا التقدير بغير توقيف والتقدير لا ينبغي أن يصار إليه إلا بالتوقيف لأن تقديرها بتسعين سنة من يوم ولادته يفضي إلى اختلاف العدة في حق المرأة باختلاف عمر الزوج ولا نظير لهذا، وخبر عمر ورد فيمن ظاهر غيبته الهلاك فلا يقاس عليه غيره.

القسم الثاني: أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله ليلاً أو نهاراً أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع فلا يظهر له خبر أو يفقد بين الصفين أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته أو يفقد في مهلكة كبرية الحجاز ونحوها فمذهب أحمد الظاهر عنه أن زوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للأزواج.

قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله: تذهب إلى حديث عمر؟ قال هو أحسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه ثم قال زعموا أن عمر رجع عن هذا هؤلاء الكذابين، قلت: فروي من وجه ضعيف أن عمر قال بخلاف هذا؟ قال لا إلا أن يكون إنسان يكذب، وقلت له مرة: إن إنساناً قال لي إن أبا عبد الله قد ترك قوله في المفقود بعدك فضحك ثم قال من ترك هذا القول أي شيء يقول؟ وهذا قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير. قال أحمد خمسة من أصحاب النبي ﷺ وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهري وقتادة والليث وعلي بن المديني وعبد العزيز بن أبي سلمة، وبه يقول مالك والشافعي في القديم إلا أن مالكاً قال: ليس

في انتظار من يفقد في القتال وقت وقال سعيد بن المسيب في امرأة المفقود بين الصفين تتربص سنة لأن غلبة هلاكه ها هنا أكثر من غلبة غيره لوجود سببه.

وقد نقل عن أحمد أنه قال: كنت أقول إذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً تزوجت وقد ارتبت فيها وهبت الجواب فيها لما اختلف الناس فيها فكأني أحب السلامة، وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله وتتربص أبداً ويحتمل التورع ويكون المذهب ما قاله أولاً.

قال القاضي: أكثر أصحابنا على أن المذهب رواية واحدة وعندي أن المسألة على روايتين، وقال أبو بكر الذي أقول به إن صح الاختلاف في المسألة أن لا يحكم بحكم ثان إلا بدليل على الانتقال وإن ثبت الإجماع فالحكم فيه على ما نص عليه وظاهر المذهب على ما حكيناه من رواية أولاً نقله عن أحمد الجماعة وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع على ما حكيناه من رواية الأثرم.

وقال أبو قلابة والنخعي والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد: لا تتزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته أو فراقه لما روى المغيرة أن النبي ﷺ قال: «امرأة المفقود امرأته حتى يأتي زوجها» وروى الحكم وحماد عن علي: لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته أو طلاقه لأنه شك في زوال الزوجية فلم تثبت به الفرقة كما لو كان ظاهر غيبته السلامة.

ولنا: ما روى الأثرم والجوزجاني بإسنادهما عن عبيد بن عمير قال: «فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال انطلقي فتربصي أربع سنين ففعلت ثم أتته فقال انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشراً ففعلت، ثم أتته فقال أين ولي هذا الرجل؟ فقال طلقها، ففعل، فقال لها عمر انطلقي فتزوجي من شئت فتزوجت ثم جاء زوجها الأول فقال عمر: أين كنت؟ فقال: يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين فوالله ما أدري في أي أرض الله كنت، كنت عند قوم يستعبدونني حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون فكنت فيما غنموه فقالوا لي أنت رجل من الإنس وهؤلاء من الجن فما لك وما لهم؟ فأخبرتهم خبري فقالوا بأي أرض الله تحب أن تصبح؟ قلت المدينة هي أرضي فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرة، فخيره عمر إن شاء امرأته وإن شاء الصداق فاختار الصداق، وقال قد حبلت لا حاجة لي فيها» قال أحمد يروى عن عمر من ثلاثة وجوه ولم يعرف في الصحابة له مخالف.

وروى الجوزجاني وغيره بإسنادهم عن علي في امرأة المفقود: تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته، وقضى به عثمان أيضاً وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم. وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر فكانت إجماعاً.

فأما الحديث الذي رووه عن النبي ﷺ فلم يثبت ولم يذكره أصحاب السنن. وما رووه عن علي فيرويه الحكم وحماد مرسلاً والمسند عنه مثل قولنا ثم يحمل ما رووه على المفقود الذي

ظاهر غيبته السلامة جمعاً بينه وبين ما رويناه وقولهم: إنه شك في زوال الزوجية ممنوع فإن الشك ما تساوى فيه الأمران والظاهر في مسألتنا هلاكه.

فصل: وهل يعتبر أن يطلقها ولي زوجها ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء؟ فيه روايتان: **إحداهما**: يعتبر ذلك لأنه في حديث عمر الذي رويناه وقد قال أحمد هو أحسنها، وذكر في حديث علي: أنه يطلقها ولي زوجها. **والثانية**: لا يعتبر ذلك كذلك قال ابن عمر وابن عباس، وهو القياس فإن ولي الرجل لا ولاية له في طلاق امرأته. ولأننا حكمنا عليها بعدة الوفاة فلا يجب عليها مع ذلك عدة الطلاق كما لو تيقنت وفاته ولأنه وجد دليل هلاكه على وجه أباح لها التزويج وأوجب عليها عدة الوفاة، فأشبه ما لو شهد به شاهدان.

فصل: وهل يعتبر ابتداء المدة من حين الغيبة أو من حين ضرب الحاكم المدة؟ على روايتين. **إحداهما**: يعتبر ابتداؤها من حين ضربها الحاكم لأنها مدة مختلف فيها فافتقرت إلى ضرب الحاكم كمدة العنة، **والثاني**: من حين انقطع خبره وبعد أثره لأن هذا ظاهر في موته فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان وللشافعي وجهان كالروايتين.

فصل: فإن قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج فهي امرأته، وقال بعض أصحاب الشافعي: إذا ضربت لها المدة فانقضت بطل نكاح الأول، والذي ذكرنا أولى، لأننا إنما أبحنا لها التزويج لأن الظاهر موته فإذا بان حياً انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله كما لو شهدت البينة بموته ثم بان حياً ولأنه أحد الملكين فأشبه ملك المال، فأما إن قدم بعد أن تزوجت نظرنا فإن كان قبل دخول الثاني بها فهي زوجة الأول ترد إليه ولا شيء، قال أحمد أما قبل الدخول فهي امرأته وإنما التخيير بعد الدخول. وهذا قول الحسن وعطاء وخلاس بن عمرو والنخعي وقتادة ومالك وإسحاق، وقال القاضي فيه رواية أخرى أنه يخير، وأخذه من عموم قول أحمد: إذا تزوجت امرأته فجاء خير بين الصداق وبين امرأته، والصحيح أن عموم كلام أحمد يحمل على خاصه في رواية الأثرم وأنه لا تخيير إلا بعد الدخول فتكون زوجة الأول رواية واحدة لأن النكاح إنما صح في الظاهر دون الباطن فإذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلاً لأنه صادف امرأة ذات زوج فكان باطلاً كما لو شهدت بينة بموته وليس عليه صداق لأنه نكاح فاسد لم يتصل به دخول ويعود الزوج بالعقد الأول كما لو لم تتزوج، وإن قدم بعد دخول الثاني بها خير الأول بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الأول وبين أخذ صداقها وتكون زوجة للثاني وهذا قول مالك لإجماع الصحابة عليه فروى معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمرو وعثمان قالا: «إن جاء زوجها الأول خير بين المرأة وبين الصداق الذي ساق» هو رواه الجوزجاني والأثرم وقضى به الزبير في مولاة لهم، وقال علي ذلك في الحديث الذي رويناه ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً. فعلى هذا إن أمسكها الأول فهي زوجته بالعقد الأول، والمنصوص عن أحمد أنه لا يحتاج الثاني إلى طلاق لأن نكاحه كان باطلاً في الباطن، وقال القاضي قياس قوله أنه يحتاج إلى طلاق لأن هذا نكاح مختلف في صحته فكان مأموراً بالطلاق ليقطع حكم العقد الثاني

كسائر الأنكحة الفاسدة، ويجب على الأول اعتزالها حتى تقضي عدتها من الثاني، وإن لم يخترها الأول فإنها تكون مع الثاني ولم يذكروا لها عقداً جديداً، والصحيح أنه يجب أن يستأنف لها عقداً لأننا تبينا بطلان عقده بمجيء الأول، ويحمل قول الصحابة على هذا لقيام الدليل عليه فإن زوجة الإنسان لا تصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها وقال أبو الخطاب القياس أننا إن حكمنا بالفرقة ظاهراً وباطناً فهي امرأة الثاني ولا خيار للأول لأنها بانت منه بفرقة الحاكم فأشبه ما لو فسخ نكاحها لعسرته، وإن لم تحكم بفرقته باطناً فهي امرأة الأول ولا خيار له.

فصل: ومتى اختار الأول تركها فإنه يرجع على الثاني بصداقها لقضاء الصحابة بذلك ولأنه حال بينه وبينها بعقده عليها ودخوله بها، واختلف عن أحمد فيما يرجع به، فروي عنه أنه يرجع بالصداق الذي أصدقها هو وهو اختيار أبي بكر وقول الحسن والزهري وقتادة وعن ابن المديني لقضاء علي وعثمان أنه يخير بينها وبين الصداق الذي ساق هو ولأنه أتلف عليه المعوض فرجع عليه بالعوض كشهود الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة. فعلى هذا إن كان لم يدفع إليها الصداق لم يرجع بشيء وإن كان قد دفع بعضه رجع بما دفع ويحتمل أن يرجع عليه بالصداق وترجع المرأة بما بقي عليه من صداقها، وعن أحمد أنه يرجع عليه بالمهر الذي أصدقها الثاني لأن إتلاف البضع من جهته والرجوع عليه بقيمته والبضع لا يتقوم إلا على زوج أو من جرى مجراه فيجب الرجوع عليه بالمسمى الثاني دون الأول وهل يرجع الزوج الثاني على الزوجة بما أخذ منه؟ فيه روايتان: ذكر ذلك أبو عبد الله بن حامد، **إحداهما**: يرجع به لأنها غرامة لزمت الزوج بسبب وطئه لها فرجع بها كالمغرور. **والثانية**: لا يرجع بها وهو أظهر لأن الصحابة لم يقضوا بالرجوع، فإن سعيد بن المسيب روى أن عمر وعثمان «قضيا في المرأة التي لا تدري ما مهلك زوجها: أن تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً ثم تزوج إن بدا لها، فإن جاء زوجها خير إما امرأته وإما الصداق فإن اختار الصداق فالصداق على زوجها الآخر وتثبت عنده وإن اختار امرأته عزلت عن زوجها الآخر حتى تنقضي عدتها، وإن قدم زوجها وقد توفي زوجها الآخر ورثت واعتدت عدة المتوفى عنها وترجع إلى الأول» رواه الجوزجاني. ولأن المرأة لا تغرير منها فلم يرجع عليها بشيء كغيرها، فإن قلنا يرجع عليها فإن كان قد دفع إليها الصداق رجع به وإن كان لم يدفعه إليها دفعه إلى الأول ولم يرجع عليها بشيء، وإن كان قد دفع بعضه رجع بما دفع، وإن قلنا لا يرجع عليها وكان قد دفع إليها الصداق لم يرجع به، وإن لم يكن دفعه إليها لزمه دفعه ويدفع إلى الأول صداقاً آخر.

فصل: وإن اختارت امرأة المفقود المقام والصبر حتى يتبين أمره فلها النفقة ما دام حياً وينفق عليها من ماله حتى يتبين أمره لأنها محكوم لها بالزوجية فتجب لها النفقة كما لو علمت حياته، فإذا تبين أنه مات أو فارقها فلها النفقة إلى يوم موته أو بينونتها منه ويرجع عليها بالباقي لأنا تبينا أنها أنفقت مال غيره أو أنفقت من ماله وهي غير زوجة له وإن رفعت أمرها إلى الحاكم فضرب لها مدة فلها النفقة في مدة التربص ومدة العدة لأن مدة التربص لم يحكم فيها ببينونتها من زوجها فهي محبوسة عليه بحكم الزوجية فأشبه ما قبل المدة وأما مدة العدة فلأنها غير متيقنة

بخلاف عدة الوفاة فإن موته متيقن وما بعد العدة إن تزوجت أو فرق الحاكم بينها سقطت نفقتها لأنها أسقطتها بخروجها عن حكم نكاحه وإن لم تتزوج ولا فرق الحاكم بينهما فنفقتها باقية لم تخرج بعد من نكاحه وإن قدم الزوج بعد ذلك وردت إليه عادت نفقتها من حين الرد، وقد روى الأثرم والجوزجاني عن ابن عمر وابن عباس قالا: «تنتظر امرأة المفقود أربع سنين» قال ابن عمر: «ينفق عليها من مال زوجها» وقال ابن عباس: «إذاً يجحف ذلك بالورثة ولكنها تستدين فإن جاء زوجها أخذت من ماله وإن مات أخذت من نصيبها من الميراث» وقالا: ينفق عليها بعد في العدة بعد الأربع سنين من مال زوجها جميعه أربعة أشهر وعشراً وإن قلنا ليس لها أن تتزوج لم تسقط نفقتها ما لم تتزوج فإن تزوجت سقطت نفقتها لأنها بالتزويج تخرج عن يديه وتصير ناشزاً وإن فرق بينهما فلا نفقة لها ما دامت في العدة فإذا انقضت فلم تعد إلى مسكن زوجها فلا نفقة لها أيضاً لأنها باقية على النشوز وإن عادت إلى مسكنه احتمل أن تعود النفقة لأن النشوز المسقط لنفقتها قد زال ويحتمل ألا تعود لأنها ما سلمت نفسها إليه وإن عاد فتسلمها عادت نفقتها ومتى أنفق عليها ثم بان أن الزوج كان قد مات قبل ذلك حسب عليها ما أنفق عليها من حين موته من ميراثها فإن لم ترث شيئاً فهو عليها لأنها أنفقت من مال الوارث ما لا تستحقه فأما نفقتها على الزوج الثاني فإن قلنا لها أن تتزوج فنكاحها صحيح حكمه في النفقة حكم غيره من الأنكحة الصحيحة وإن قلنا ليس لها أن تتزوج فلا نفقة لها فإن أنفق عليها لم يرجع بشيء لأنه تطوع به إلا أن يجبره على ذلك حاكم فيحتمل أن يرجع بها لأنه ألزمه أداء ما لم يكن واجباً عليه. ويحتمل ألا يرجع به لأن ما حكم به الحاكم لا يجوز نقضه ما لم يخالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً فإن فارقها بتفريق الحاكم أو غيره فلا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً فينبغي وجوب النفقة على الروايتين في النفقة هل هي للحمل أو لها من أجله؟ فإن قلنا هي للحمل فلها النفقة لأن نسب الحمل لاحق به فيجب عليه الإنفاق على ولده، وإن قلنا لها من أجله فلا نفقة لها لأنه في غير نكاح صحيح فأشبه حمل الموطوءة بشبهة، وإذا أتت بولد يمكن كونه من الثاني لحقه نسبه لأنها صارت فراشاً له وقد علمنا أن الولد ليس من الأول لأنها تربصت بعد فقده أكثر من مدة الحمل وتنقضي عدتها من الثاني بوضعه لأن الولد منه وعليها أن ترضعه اللبأ لأن الولد لا يقوم بدنه إلا به فإن ردت إلى الأول فله منعها من إرضاعه كما له أن يمنعها من رضاع أجنبي لأن ذلك يشغلها عن حقوقه إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه التلف فليس له منعها من إرضاعه لأن هذا حال ضرورة، فإن أرضعته في بيت الزوج الأول لم تسقط نفقتها لأنها في قبضته ويده، وإن أرضعته في غير بيته بغير إذنه فلا نفقة لها لأنها ناشز وإن كان بإذنه خرج على الروايتين فيما إذا سافرت لحاجتها بإذنه.

فصل: في ميراثها من الزوجين وتوريثهما منها، حتى مات زوجها الأول أو ماتت قبل تزوجها بالثاني ورثته وورثها وكذلك إن تزوجت الثاني فلم يدخل بها لأنن قد تبينا أنه متى قدم قبل الدخول بها ردت إليه بغير تخيير.

وقد ذكرنا: أن القاضي ذكر أن فيها رواية أخري أنه يخير فيها فعلى هذه الرواية حكمه حكم ما لو دخل بها الثاني، فأما إن دخل الثاني بها نظرنا فإن قدم الأول فاختارها وردت إليه ورثها وورثته ولم ترث الثاني ولم يرثها لأنه لا زوجية بينهما، وإن مات أحدهما قبل اختيارها إما في الغيبة أو بعد قدومه فإن قلنا لها أن تتزوج ورثت الزوج الثاني وورثها ولم ترث الأول ولم يرثها لأن من بين خير شيئين فتعذر أحدهما تعين الآخر، وإن ماتت قبل اختيار الأول خير فإن اختارها ورثها وإن لم يخترها ورثها الثاني هذا ظاهر قول أصحابنا وأما على ما أختاره فإنها لا ترث الثاني ولا يرثها بحال إلا أن يجدد لها عقداً أو لا يعلم أن الأول كان حياً ومتى علم أن الأول كان حياً ورثها وورثته إلا أن يختار تركها فتبين منه بذلك فلا ترثه ولا يرثها.

وعلى قول أبي الخطاب: إن حكمنا بوقوع الفرقة بتفريق الحاكم ظاهراً وباطناً ورثت الثاني وورثها ولم ترث الأول ولم يرثها فأما عدتها منهما فمن ورثته اعتدت لوفاته، عدة الوفاة وإن مات الثاني في موضع لا ترثه فالمنصوص عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة في النكاح الفاسد، فعلى هذا عليها عدة الوفاة لوفاته وهو اختيار أبي بكر.

وقال ابن حامد لا عدة عليها لو فاته لكن تعتد من وطئه بثلاثة قروء فإن ماتا معاً اعتدت لكل واحد منهما وبدأت بعدة الأول فإذا أكملتها اعتدت للآخر، وإن مات الأول أولاً فكذلك، وإن مات الثاني أولاً بدأت بعدته فإذا مات الأول انقطعت عدة الثاني ثم ابتدأت عدة الأول فإذا أكملتها أتمت عدة الثاني، وإن علم موت أحدهما وجهل وقت موت الآخر أو جهل موتهما فعليها أن تعتد عدتين من حين تيقنت الموت وتبدأ بعدة الأول لأنه أسبق وأولى، وإن كانت حاملاً فبوضع الحمل تنقضي عدة الثاني لأن الولد منه ثم تبتدىء بعده بعدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً.

فصل: وإذا تزوجت امرأة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه مثل أن تتزوج قبل مضي المدة التي يباح لها التزويج بعدها أو كانت غيبة زوجها ظاهرها السلامة أو ما أشبه هذا فنكاحها باطل. وقال القاضي: إن تبين أن زوجها قد مات وانقضت عدتها منه أو فارقها وانقضت عدتها ففي صحة نكاحها وجهان:

أحدهما: هو صحيح لأنها ليست في نكاح ولا عدة فصح تزويجها كما لو علمت ذلك.

والثاني: لا يصح لأنها معتقدة تحريم نكاحها وبطلانه. وأصل هذا من باع عيناً في يده يعتقدها لموروثه فبان موروثه ميتاً والعين مملوكة له بالإرث هل يصح البيع؟ فيه وجهان كذا ها هنا ومذهب الشافعي مثل هذا.

ولنا: إنها تزوجت في مدة منعها الشرع من النكاح فيها فلم يصح كما لو تزوجت المعتدة في عدتها أو المرتابة قبل زوال ريبتها.

فصل: ويقسم مال المفقود في الوقت الذي تؤمر زوجته بعدة الوفاة فيه وبهذا قال قتادة، وقال الشافعي ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر لا يقسم ماله حتى تعلم وفاته لأن الأصل البقاء فلا يزول منه بالشك وإنما صرنا إلى إباحة التزويج لامرأته لإجماع الصحابة ولأن بالمرأة

حاجة إلى النكاح وضرراً في الانتظار فاختص ذلك بها.

ولنا: إن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله كمن قامت البينة بموته، وما أجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان في معناه، وتأخير القسمة ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال وربما تلف أو قلت قيمته فهو في معنى الضرر بتأخير التزويج.

فصل: وإن تصرف الزوج المفقود في زوجته بطلاق أو ظهار أو إيلاء أو قذف صح تصرفه لأن نكاحه باق ولهذا خير في أخذها وإنما حكمنا بإباحة تزويجها لأن الظاهر موته فلا يبطل في الباطن كما لو شهدت بموته بينة كاذبة.

فصل: وإذا فقدت الأمة زوجها تربصت أربع سنين ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام وهذا اختيار أبي بكر. وقال القاضي تتربص نصف تربص الحرة ورواه أبو طالب عن أحمد وهو قول الأوزاعي والليث لأنها مدة مضروبة للمرأة لعدم زوجها فكانت الأمة فيه على النصف من الحرة كالعدة.

ولنا: إن الأربع سنين مضروبة لكونها أكثر مدة الحمل ومدة الحمل في الحرة والأمة سواء فاستويا في التربص لها كالتسعة الأشهر في حق من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه؟ وكالحمل نفسه وبهذا ينتقض قياسهم. فأما العبد فإن كانت زوجته حرة فتربصها تربص الحرة تحت الحر وإن كانت أمة فهي كالأمة تحت الحر لأن العدة معتبرة بالنساء دون الرجال وكذلك مدة التربص وحكي عن الزهري ومالك أنه يضرب له نصف أجل الحر والأولى ما قلناه لأنه تربص مشروع في حق المرأة لفرقة زوجها فأشبه العدة.

فصل: فإن غاب رجل عن زوجته فشهد ثقات بوفاته فاعتدت زوجته للوفاة أبيح لها أن تتزوج فإن عاد الزوج بعد ذلك فحكمه حكم المفقود يخير زوجها بين أخذها وتركها وله الصداق، وكذلك إن تظاهرت الأخبار بموته، وقد روى الأثرم بإسناده عن أبي المليح عن شهية «أن زوجها صيفي بن فشيل نعي لها من قيذائيل فتزوجت بعده ثم إن زوجها الأول قدم فأتينا عثمان وهو محصور فأشرف علينا فقال: كيف أقضي بينكم وأنا على هذا الحال؟ فقلنا قد رضينا بقولك فقضى أن يخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة فرجعنا. فلما قتل عثمان أتينا علياً فخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة فاختار الصداق فأخذ مني ألفين ومن زوجي الآخر ألفين» فإن حصلت الفرقة بشهادة محصورة، فما حصل من غرامة فعليهما لأنهما سبب في إيجابها، وإن شهدوا بموت رجل فقسم ماله ثم قدم فما وجد من ماله أخذه وما تلف منه أو تعذر رجوعه فيه فله تضمين الشاهدين لأنهما سبب الاستيلاء عليه وللمالك تضمين المتلف لأنه أتلف ماله بغير إذنه.

فصل: وإذا نكح رجل امرأة نكاحاً متفقاً على بطلانه مثل أن ينكح ذات محرمة أو معتدة يعلم حالها وتحريمها فلا حكم لعقده، والخلوة بها كالخلوة بالأجنبية لا توجب عدة وكذلك الموت عنها لا يوجب عدة الوفاة؛ وإن وطئها اعتدت لوطئه بثلاثة قروء منذ وطئها سواء فارقها أو مات

عنها كما لو زنى بها من غير عقد وإن نكحها نكاحاً مختلفاً فيه فهو فاسد فإن مات عنها فنقل جعفر بن محمد أن عليها عدة الوفاة وهذا اختيار أبي بكر.

وقال أبو عبد الله بن حامد ليس عليها عدة الوفاة وهو مذهب الشافعي لأنه نكاح لا يثبت الحل فأشبه الباطل، فعلى هذا إن كان قبل الدخول فلا عدة عليها وإن كان بعده اعتدت بثلاثة قروء ووجه الأول أنه نكاح يلحق به النسب فوجبت به عدة الوفاة كالنكاح الصحيح وفارق الباطل فإنه لا يلحق به النسب، وإن فارقها في الحياة بعد الإصابة اعتدت بعد فرقته بثلاثة قروء ولا اختلاف فيه وإن كان قبل الخلوة فلا عدة عليها بلا خلاف لأن المفارقة في الحياة في النكاح الصحيح لا عدة عليها بلا خلاف ففي الفاسد أولى، وإن كان بعد الخلوة قبل الإصابة فالمنصوص عن أحمد أن عليها العدة لأنه جرى مجرى النكاح الصحيح في لحوق النسب فكذلك في العدة، وقال الشافعي لا عدة عليها لوجهين: **أحدهما**: أنها خلوة في غير نكاح صحيح أشبهت التي نكاحها باطل. والثاني: أن الخلوة عنده في النكاح الصحيح لا توجب العدة ففي الفاسد أولى. وهذا مقتضى قول ابن حامد.

فصل: في عدة المعتق بعضها

ومتى كانت معتدة بالحمل أو بالقروء فعدتها كعدة الحرة لأن عدة الحامل لا تختلف بالرق والحرية، وعدة الأمة بالقروء قرءان فأدنى ما يكون فيها من الحرية يوجب قرءاً ثالثاً لأنه لا يتبعض، وإن كانت معتدة بالشهور إما للوفاة وإما للإياس أو الصغر فعدتها بالحساب من عدة حرة وأمة فإذا كان نصفها حراً فاعتدت للوفاة فعليها ثلاثة أشهر وثمان ليال لأن الليل يحسب مع النهار فيكون عليها ثلاثة أرباع ذلك وإن كانت معتدة بالشهور عن الطلاق وقلنا إن عدة الأمة شهر ونصف كان عدة المعتق نصفه شهرين وربعاً، وإن قلنا عدة الأمة شهران أو ثلاثة أشهر فعدة المعتق بعضها كعدة الحرة سواء، وأم الولد والمدبرة والمكاتبة عدتهن كعدة الأمة سواء لأنهن إماء.

مسألة: قال: (وأم الولد إذا مات سيدها فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة)

هذا المشهور عن أحمد وهو قول ابن عمر وروي ذلك عن عثمان وعائشة والحسن والشعبي والقاسم بن محمد وأبي قلابة ومكحول ومالك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور، وروي عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً وهو قول سعيد بن المسيب وأبي عياض وابن سيرين وسعيد بن جبير ومجاهد وخلاس بن عمرو وعمر بن عبد العزيز والزهري ويزيد بن عبد الملك والأوزاعي وإسحاق لما روي عن عمرو بن العاص أنه قال: «لا تفسدوا علينا سنة نبينا ﷺ، عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر» رواه أبو داود ولأنها حرة تعتد للوفاة فكانت عدتها أربعة أشهر وعشراً كالزوجة الحرة، وحكى أبو الخطاب رواية ثالثة تعتد شهرين وخمسة أيام، ولم أجد هذه الرواية عن أحمد في الجامع ولا أظنها صحيحة عن أحمد. وروي ذلك عن عطاء وطاوس وقتادة ولأنها حين الموت أمة فكانت عدتها عدة الأمة كما لو مات

رجل عن زوجته الأمة فعتقت بعد موته ويروى عن علي وابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري وأصحاب الـرأي أن عـدتها ثـلاث حيض لأنها حرة تستـبرأ، فكان استـبراؤها بثـلاث حيض كالحرة المطلقة.

ولنا: إنـه استبراء لزوال الملك عن الرقبة فكان حيضة في حق من تحيض كسـائر استـبراء المعتقـات والمملوكات، ولأنـه استبراء لغير الزوجـات والموطـوءات بشبهة فـأشبه مـا ذكرنـا قـال القاسم بن محمد: «سبحـان الله يقول الله تعـالى في كتابـه: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] ما هن بأزواج» فأما حديث عمرو بن العاص فضعيـف قـال ابن المنذر ضعف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص.

وقال محمد بن موسى سألت أبا عبد الله عن حديث عمرو بن العـاص؟ فقال لا يصـح، وقال الميموني رأيت أبـا عبد الله يعجب من حـديث عمرو بن العـاص هذا ثم قـال: أين سنة النبي ﷺ في هذا؟ وقال أربعة أشهر وعشر إنما هي عـدة الحرة مـن النكاح وإنما هذه أمـة خرجت من الرق إلى الحرية. ويلزم من قال بهذا أن يورثهـا. وليس لقول من قـال تعتد بثـلاث حيض وجه وإنما تعتد بذلك المطلقة وليست هذه مطلقة ولا في معنى المطلقة. وأمـا قياسهم إيـاها عـلى الزوجات فلا يصح فإن هذه ليست زوجة ولا في حكم الزوجة ولا مطلقة ولا في حكم المطلقة.

فصل: ولا يكفي في الاستبراء طهر واحد ولا بعض حيضة وهذا قول أكثر أهـل العلم، وقال بعض أصحاب مالك متى طعنت في الحيضة فقد تم استبراؤها وزعم أنـه مذهب مـالك، وقال الشافعي في أحد قوليه يكفي طهر واحد إذا كان كاملاً وهو أن يموت في حيضهـا فإذا رأت الدم من الحيضة الثانية حلت وتم استبراؤها وهكذا الخلاف في الاستبراء كله وبنوا هـذا على أن القروء الأطهار وهذا يرده قول النبي ﷺ: «لا توطـأ حامـل حتى تضع، ولا حـائل حتى تستـبرأ بحيضـة».

وقال رويفع بن ثابت سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم خيبر: «من كان يؤمن بـالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضـة» رواه الأثرم. وهذا صريح فلا يعول على ما خالفه، ولأن الواجب استبراء والذي يدل على البراءة هو الحيض فإن الحامل لا تحيض. فأما الطهر فلا دلالة عليه على البراءة فلا يجـوز أن يعول في الاستـبراء على مـا لا دلالة عليـه دون ما يدل عليه. وبناؤهم قولهم هذا على قولهم إن القروء الأطهار بناء للخـلاف على الخـلاف وليس ذلك بحجة. ثم لم يمكنهم بناء هذا على ذلك حتى خالفوه فجعلوا الطهر الذي طلقها فيه قرءاً ولم يجعلوا الطهر الذي مات فيه سيد أم الولد قرءاً وخالفوا الحديث والمعنى، فـإن قالـوا: إن بعض الحيضة المقترن بالطهر يدل عـلى البراءة قلنـا: فيكون الاعتـداد حينئذ عـلى بعض الحيضة وليس ذلك قرءاً عند أحد، فإذا تقرر هذا فإن مات عنها وهي طاهر فإذا طهرت من الحيضـة المستقبلة حلت، وإن كانت حائضاً لم تعتد ببقية تلك الحيضة ولكن متى طهرت من الحيضة الثانية حلت لأن استبراء هذه بحيضة فلا بد من حيضة كاملة.

مسألة: قال: (وإن كانت آيساً فبثلاثة أشهر)

وهذا المشهور عن أحمد أيضاً. وهو قول الحسن وابن سيرين والنخعي وأبي قلابة وأحد قولي الشافعي، وسأل عمر بن عبد العزيز أهل المدينة والقوابل فقالوا: لا تستبرأ الحبلى في أقل من ثلاثة أشهر، فأعجبه قولهم، وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بشهر وهو قول ثان للشافعي، لأن الشهر قائم مقام القرء في حق الحرة والأمة المطلقة فكذلك في الاستبراء.

وذكر القاضي رواية ثالثة أنها تستبرأ بشهرين كعدة الأمة المطلقة، ولم أر بذلك وجهاً، ولو كان استبراؤها بشهرين لكان استبراء ذات القرء بقرأين ولم نعلم به قائلاً، وقال سعيد بن المسيب وعطاء والضحاك والحكم في الأمة التي لا تحيض يستبرأ بشهر ونصف. ورواه حنبل عن أحمد، فإنه قال: قال عطاء إن كانت لا تحيض فخمس وأربعون ليلة، قال عمي: كذلك أذهب، لأن عدة المطلقة الآيسة كذلك والمشهور عن أحمد الأول.

قال أحمد بن القاسم: قلت لأبي عبد الله كيف جعلت ثلاثة أشهر مكان حيضة وإنما جعل الله في القرآن مكان كل حيضة شهراً؟ فقال: إنما قلنا بثلاثة أشهر من أجل الحمل فإنه لا يتبين في أقل من ذلك فإن عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك وجمع أهل العلم والقوابل فأخبروه أن الحمل لا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر فأعجبه ذلك، ثم قال: ألا تسمع قول ابن مسعود: «إن النطفة أربعين يوماً ثم علقة أربعين يوماً ثم مضغة بعد ذلك».

قال أبو عبد الله: فإذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغة وهي لحم فتبين حينئذ. وقال لي هذا معروف عند النساء. فأما شهر فلا معنى فيه ولا نعلم به قائلاً، ووجه استبرائه بشهر: أن الله تعالى جعل الشهر مكان الحيضة ولذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات، فكانت عدة الحرة الآيسة ثلاثة أشهر مكان ثلاثة قروء، وعدة الأمة شهرين مكان قرأين وللأمة المستبرأة التي ارتفع حيضها عشرة أشهر تسعة للحمل وشهر مكان الحيضة، فيجب أن يكون مكان الحيضة ها هنا شهر كما في حق من ارتفع حيضها، فإن قيل: فقد وجد ثم ما دل على البراءة وهو تربص تسعة أشهر. قلنا: وها هنا ما يدل على البراءة وهو الإياس فاستويا.

مسألة: قال: (وإن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت بتسعة للحمل وشهر مكان الحيضة)

وفي هذه المسألة أيضاً روايتان: **إحداهما**: أنها تستبرأ بعشرة أشهر. **والثانية**: بسنة تسعة أشهر للحمل لأنها غالب مدته وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التي تستبرأ بها الآيسات، وقد ذكرنا الروايتين في الآيسة، وذكرنا أن المختار عن أحمد استبراؤها بثلاثة أشهر، وها هنا جعل مكان الحيضة شهراً لأن اعتبار تكرارها في الآيسة لتعلم براءتها من الحمل وقد علم براءتها منه ها هنا بمضي غالب مدته فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس.

فصـل: وإن علمت ما رفـع الحيض لم تزل في الاستـبراء حتى يعـود الحيض فتستـبرىء بنفسها بحيضة إلا أن تصير آيسة فتستبرىء نفسها استـبراء الآيسات، وإن ارتـابت نفسها فهي كالحرة المستريبة، وقد ذكرنا حكمها فيما مضى من هذا الباب والله تعالى أعلم.

مسألة: قال: (وإن كانت حاملاً فحتى تضع)

وهـذه بحمد الله لا خـلاف فيها، فـإن الله تعالى قـال: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وقال النبي ﷺ: «لا تـوطأ حـامل حتى تضـع» ولأن عـدة الحـرة والأمة والمتوفى عنها والمطلقة واستبراء كل أمة إذا كانت حـاملاً بوضع حملها، وذلـك لأن المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الحمـل، وهذا يحصـل بوضعـه ومتى كانت حـاملاً باثنين أو أكثر فلا ينقضي استبراؤها حتى تضع آخر حملها على ما ذكرنا في المعتدة.

فصـل: وإذا زوج أم ولده ثم مـات عتقت ولم يلزمها استـبراء لأنها محـرمـة عـلى المـولى وليست له فراشـاً وإنما هي فـراش للزوج فلم يلزمها الاستـبراء ممن ليست له فـراشاً، ولأنـه لم يزوجها حتى استبرأها فإنه لا يحل له تزويجها قبل استبرائها، فإن طلقهـا الزوج قبـل دخولـه بها فلا عدة عليها أيضاً، وإن طلقها بعد المسيس أو مات عنها قبـل ذلك أو بعـده فعليها عـدة حرة كاملة لأنها قد صارت حرة في حال وجوب العدة عليها، وإن مات سيدها وهي في عدة الـزوج عتقت ولم يلزمها استبراء لما ذكرناه، ولأنه زال فراشه عنها قبل موته فلم يلزمها استبراء من أجله كغير أم الولد إذا باعها ثم مات وتبني على عدة أمة إن كان طلاقها بـائناً أو كـانت متوفى عنهـا، وإن كانت رجعية بنت على عدة حرة على ما مضى، وإن بانت من الزوج قبل الدخول بطلاق أو بانت بموت زوجها أو طلاقه بعد الدخول فقضت عدته ثم مـات سيدهـا فعليها الاستـبراء لأنها عادت إلى فراشه، وقال أبو بكر لا يلزمها استبراء إلا أن يردها السيـد إلى نفسه لأن فـراشه قـد زال بتزويجها ولم يتجدد لها ما يردها إليه فأشبهت الأمة غير الموطوءة.

فصـل: فإن مات زوجها وسيدها ولم تعلم أيهما مات أولاً فعـلى قول أبي بكـر ليس عليها استبراء لأن فراش سيدها قد زال عنها ولم تعد إليه وعليها أن تعتد لـوفاة زوجهـا عدة الحـرائر، ولأنه يحتمل أن سيدها مات أولاً ثم مات زوجها وهي حرة فلزمها عدة الحرة لتخرج من العـدة بيقين، وعلى القول الآخر إن كان بين مـوتهما شهـران وخمسة أيـام فما دون فليس عليهـا استبراء لأن السيـد إن كان مـات أولاً فقد مـات وهي زوجته، وإن كـان مـات آخـراً فقـد مـات وهي معتدة، وليس عليها استبراء في هاتين الحالتين وعليها أن تعتد بعد موت الآخر منهما عدة الحرة لما ذكرناه، وإن كان بين موتهما أكثر من ذلك فعليها بعد موت الآخر منهما أطول الأجلين من أربعة أشهر وعشر واستـبراء بحيضة لأنـه يحتمل أن يكـون السيد مـات أولاً فيكون عليهـا عـدة الحـرة من الوفاة، ويحتمل أنه مات آخراً بعد انقضاء عدتها من الزوج وعودها إلى فراشه فلزمها الاستـبراء بحيضة فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين، قال ابن عبد البر: وعلى هـذا جميع القـائلين

من العلماء بأن عدة الأمة من سيدها بحيضة ومن زوجها شهران وخمس ليال فإن جهل ما بين موتهن فالحكم فيه كما لو علمنا أن بينهما شهرين وخمس ليال احتياطاً لإسقاط الفرض بيقين كما أخذنا بالاحتياط في الإيجاب بين عدة حرة وحيضة فيما إذا علمنا أن بينهما شهرين وخمس ليال، وقول أصحاب الشافعي في هذا القول مثل قولنا. وكذلك قول أبي حنيفة وأصحابه إلا أنهم جعلوا مكان الحيضة ثلاث حيضات بناء على أصلهم في الاستبراء أم الولد.

وقال ابن المنذر حكمها حكم الإماء وعليها شهران وخمسة أيام ولا أنقلها إلى حكم الحرائر إلا بإحاطة أن الزوج مات بعد المولى، وقيل: إن هذا قول أبي بكر عبد العزيز أيضاً والذي ذكرناه أحوط، فأما الميراث فإنها لا ترث من زوجها شيئاً لأن الأصل الرق والحرية مشكوك فيها فلم ترث مع الشك. والفرق بين الإرث والعدة أن إيجاب العدة عليها استظهار لا ضرر فيه على غيرها وإيجاب الإرث إسقاط لحق غيرها ولأن الأصل تحريم النكاح عليها فلا يزول إلا بيقين، والأصل عدم الميراث لها فلا ترث إلا بيقين. فإن قيل: أفليس المفقود إذا ماتت زوجته وقف ميراثه منها مع الشك في إرثه؟ قلنا: الفرق بينهما أن الأصل ها هنا الرق والشك في زواله وحدوث الحال التي يرث فيها والمفقود الأصل حياته والشك في موته وخروجه عن كونه وارثاً فافترقا.

مسألة: قال: (وإن أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة، وكذلك إن أراد أن يزوجها وهي في ملكه استبرأها بحيضة ثم زوجها).

لا يختلف المذهب في أن الاستبراء ها هنا بحيضة في ذات القروء وهو قول الشافعي وهو قول الزهري والثوري فيمن أراد تزويج أمة كان يصيبها، وقال أصحاب الرأي ليس عليها استبراء لأن له بيعها فكان له تزويجها كالتي لا يصيبها وقال عطاء وقتادة عدتها حيضتان كعدة الأمة المطلقة.

ولنا: إنها فراش لسيدها فلم يجز أن تنتقل إلى فراش غيره بغير استبراء كما لو مات عنها ولأن هذه موطوءة وطأ له حرمة فلم يجز أن تتزوج قبل الاستبراء كالموطوءة بشبهة. وهذا لأنه إذا وطئها سيدها اليوم ثم زوجها فوطئها الزوج في آخر اليوم أفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب وهذا لا يحل، ويخالف البيع فإنها لا تصير به فراشاً ولا يحل لمشتريها وطؤها حتى يستبرئها فلا يفضي إلى اختلاط المياه. ولهذا يصح في المعتدة والمزوجة بخلاف التزويج.

فصل: فإن لم تكن من ذوات القروء فاستبراؤها بما ذكرنا في أم الولد على ما شرحنا. ومفهوم كلام الخرقي أنها إذا كانت أمة لا يطؤها سيدها: لم يلزمها استبراء لأنها ليست فراشاً لسيدها فلم يلزمها الاستبراء كالمزوجة والمعتدة ولأن تركها بالاستبراء لا يفضي إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب بخلاف الموطوءة.

فصل: وإن مات عن أمة كان يصيبها فاستبراؤها بما ذكرنا في أم الولد لأنها فراش لسيدها فأشبهت أم الولد إلا أنها إذا كانت من ذوات القروء فاستبراؤها بحيضة واحدة رواية واحدة لأنها لا تصير حرة.

فصل: وإن أعتق أم ولده أو أمته التي كان يصيبها أو غيرها ممن تحل له إصابتها فله أن يتزوجها في الحال من غير استبراء لأن النبي ﷺ: «أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها»

وقال النبي ﷺ: «ثلاثة يوفون أجرهم مرتين: رجل كانت له أمة فأدبها فأحسن تأديبها، وعلمها فأحسن تعليمها، ثم أعتقها وتزوجها» ولم يذكر الاستبراء، ولأن الاستبراء لصيانة مائه وحفظه عن الاختلاط بماء غيره ولا يصان ماؤه عن مائه ولهذا كان له أن يتزوج مختلعته في عدتها.

وقد روي عن أحمد في الأمة التي لا يطؤها إذا أعتقها: لا يتزوجها بغير استبراء لأنه لو باعها لم تحل للمشتري بغير استبراء. والصحيح أنه يحل له ذلك لأنه يحل له وطؤها بملك اليمين فكذلك بالنكاح كالتي كان يصيبها ولأن النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها ولم ينقل أنه كان أصابها. والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهره لدخولها في العموم. ولأنها تحل لمن تزوجها سواه فله أولى ولأنه لو استبرأها ثم أعتقها وتزوجها في الحال كان جائزاً حسناً فكذلك هذه فإنه تارك لوطئها ولأن وجوب الاستبراء في حق غيره إنما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره ولا يوجد ذلك ها هنا وكلام أحمد محمول على من اشتراها ثم تزوجها قبل أن يستبرئها.

فصل: وإن اشترى أمة فأعتقها قبل استبرائها لم يجز أن يتزوجها حتى يستبرئها. وبهذا قال الشافعي. وقال أصحاب الرأي له ذلك ويحكى أن الرشيد اشترى جارية فتاقت نفسه إلى جماعها قبل استبرائها فأمره أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها ويطأها. قال أبو عبد الله وبلغني أن المهدي اشترى جارية فأعجبته فقيل له أعتقها وتزوجها. قال أبو عبد الله سبحان الله ما أعظم هذا أبطلوا الكتاب والسنة جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها إلا تعتد من أجل الحمل وسن رسول الله ﷺ استبراء الأمة بحيضة من أجل الحمل ففرج يوطأ يشتريه ثم يعتقها على المكان فيتزوجها فيطؤها يطؤها رجل اليوم ويطؤها الآخر غداً فإن كانت حاملاً كيف يصنع؟ هذا نقض الكتاب والسنة قال النبي ﷺ: «لا توطأ الحامل حتى تضع ولا غير الحامل حتى تحيض» وهذا لا يدري أهي حامل أم لا؟ ما أسمج هذا؟ قيل له: إن قوماً يقولون هذا. فقال: قبح الله هذا وقبح من يقوله. وفيما نبه عليه أبو عبد الله من الأحاديث كفاية مع ما ذكرنا فيما قبل هذا الفصل.

إذا ثبت هذا فليس له تزويجها لغيره قبل استبرائها إذا لم يعتقها لأنها ممن يجب استبراؤها فلم يجز أن يتزوج كالمعتدة وسواء في ذلك المشتراة من رجل يطؤها أو من رجل قد استبرأها ولم يطأها أو ممن لا يمكنه الوطء كالصبي والمرأة والمجبوب وقال الشافعي إذا اشتراها ممن لا يطؤها فله تزويجها سواء أعتقها أو لم يعتقها وله أن يتزوجها إذا أعتقها لأنها ليست فراشاً وقد كان

لسيدها تزويجها قبل بيعها فجاز ذلك بعد بيعها. ولأنها لو عتقت على البائع بإعتاقه أو غيره لجاز لكل أحد نكاحه فكذلك إذا أعتقها المشتري.

ولنا: عموم قوله عليه السلام: «لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة» ولأنها أمة يحرم عليه وطؤها قبل استبرائها فحرم عليه تزويجها والتزوج بها كما لو كان بائعها يطؤها. فأما إن أعتقها في هذه الصورة فله تزويجها لغيره لأنها حرة لم تكن فراشاً فأبيح لها النكاح كما لو أعتقها البائع، وفارق الموطوءة فإنها فراش يجب عليها استبراء نفسها إذا أعتقت فحرم عليها النكاح كالمعتدة وفارق ما إذا أراد سيدها نكاحها فإنه لم يكن له وطؤها بملك اليمين فلم يكن له أن يتزوجها كالمعتدة ولأن هذا يتخذ حيلة على إبطال الاستبراء فمنع منه بخلاف تزويجها لغيره.

فصل: وإن كانت أمة يطؤها فاستبرأها ثم أعتقها لم يلزمها لأنها خرجت عن كونها فراشاً باستبرائه لها، وإن باعها فأعتقها المشتري قبل وطئها لم تحتج إلى استبراء لذلك، وإن باعها قبل استبرائها فأعتقها المشتري قبل وطئها واستبرائها فعليها استبراء نفسها، وإن مضى بعض الاستبراء في ملك المشتري لزمها إتمامه بعد عتقها ولا ينقطع بانتقال الملك فيها لأنها لم تصر فراشاً للمشتري ولم يلزمها استبراء بإعتاقه.

فصل: وإذا كانت الأمة بين شريكين فوطئاها لزمها استبراءان وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يلزمها استبراء واحد لأن القصد معرفة براءة الرحم ولذلك لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة واحدة وبراءة الرحم تعلم باستبراء واحد.

ولنا: إنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالعدتين ولأنهما استبراءان من رجلين فأشبها العدتين. وما ذكروه يبطل بالعدتين من رجلين.

مسألة: قال: (ومن ملك أمة لم يصبها ولم يقبلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها بحيضة إن كانت ممن تحيض أو بوضع الحمل إن كانت حاملاً أو بمضي ثلاثة أشهر إن كانت من الآيسات أو من اللائي لم يحضن)

وجملته: أن من ملك أمة بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والإرث وغير ذلك لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها بكراً كانت أو ثيباً صغيرة كانت أو كبيرة ممن تحمل أو ممن لا تحمل. وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي. وقال ابن عمر لا يجب استبراء البكر وهو قول داود لأن الغرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل وهذا معلوم في البكر فلا حاجة إلى الاستبراء. وقال الليث إن كانت ممن لا يحمل مثلها لم يجب استبراؤها لذلك، وقال عثمان البتي يجب الاستبراء على البائع دون المشتري لأنه لو زوجها لكان الاستبراء على المزودج دون الزوج كذلك ها هنا.

ولنا: ما روى أبو سعيد: «أن النبي ﷺ نهى عام أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع ولا غير حامل حتى تحيض» رواه أحمد في المسند وعن رويفع بن ثابت قال: «إني لا أقول إلا ما

سمعته من رسول الله ﷺ سمعتـه يقول: لا يحل لامرىء يؤمن بـالله واليوم الآخـر أن يقع عـلى امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة» رواه أبـو داود وفي لفظ قال سمعت رسـول الله ﷺ يوم خيبر يقول: «من كـان يؤمن بالله واليـوم الآخر فـلا يسقي ماءه زرع غـيره ومن كان يؤمن بـالله واليوم الآخر فلا يطأ جـارية من السبي حتى يستـبرئها بحيضـة» رواه الأثرم ولأنـه ملك جاريـة محرمة عليه فلم تحل له قبل استبرائها كالثيب التي تحمل ولأنه سبب موجب للاستبراء فلم يفترق الحال فيه بـين البكر والثيب والتي تحمـل والتي لا تحمل كـالعدة قـال أبو عبـد الله قد بلغني أن العذراء تحمل فقال له بعض أهل المجلس نعم قد كان في جيرانـنا. وذكر ذلـك بعض أصحاب الشافعي وما ذكروه يبطل بما إذا اشتراها من امرأة أو صبي أو ممن تحرم عليه برضاع أو غـيره وما ذكره البتي لا يصح لأن الملك قد يكون بالسبي والإرث والوصية فلو لم يستبرئهـا المشتري أفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الإنسان والفرق بين البيع والتزويج أن النكاح لا يـراد إلا للاستمتـاع فلا يجوز إلا فيمن تحل له فوجب أن يتقدمه الاستبراء ولهذا لا يصح تزويج معتدة ولا مرتدة ولا مجوسية ولا وثنية ولا محرمة بالرضاع ولا المصـاهرة والبيـع براد لغـير ذلك فصـح قبل الاستـبراء ولهذا صح في هذه المحرمات ووجب الاستبراء على المشتري لما ذكرناه فأما الصغيرة التي لا يـوطأ مثلها فظاهر كلام الخرقي تحريم قبلتها ومباشرتها لشهوة قبل استبرائها وهو ظاهر كلام أحمد وفي أكثر الروايات عنه قـال تستبرأ وإن كـانت في المهد، وروي عنـه أنه قـال إن كانت صغـيرة بأي شيء تستبرأ إذا كانت رضيعة؟ وقال في روايـة أخرى تستـبرأ بحيضة إذا كـانت ممن تحيض وإلا بثلاثة أشهر إن كانت ممن توطأ وتحبل فظاهر هذا أنه لا يجب استبراؤها ولا تحرم مباشرتها.

وهذا اختيار أبي موسى وقول مـالك وهـو الصحيح، لأن سبب الإبـاحة متحقق، وليس على تحريمها دليل فإنه لا نص فيه ولا معنى نص لأن تحـريـم مباشرة الكبيرة إنما كان لكونه داعياً إلى الوطء المحرم أو خشية أن تكون أم ولد لغيره ولا يتوهم هذا في هـذه فوجب العمـل بمقتضى الإباحة. فأما من يمكن وطؤها فلا تحل قبلتها ولا الاستمتاع منها بمـا دون الفرج قبـل الاستبراء إلا المسبية على إحدى الروايتين. وقال الحسن لا يحرم من المشتراة إلا فرجها وله أن يستمتع منها بما شاء ما لم يمس لأن النبي ﷺ إنما نهى عن الوطء ولأنه تحريم للوطء مع ثبـوت الملك فاختص بالفرج كالحيض.

ولنا: إنه استبراء يحرم الوطء فحرم الاستمتاع كالعدة ولأنه لا يأمن من كونها حـاملاً من بائعها فتكون أم ولد والبيـع باطـلاً فيكون مستمتعـاً بأم ولـد غيره. وبهـذا فارق تحـريـم الوطء للحيض فأما المسبية فظاهر كلام الخرقي تحريم مباشرتها فيما دون الفرج لشهوة وهو الـظاهر عن أحمـد لأن كل استـبراء حرم الـوطء حرم دواعيـه كالعـدة ولأنه داعيـة إلى الوطء المحـرم لأجل اختلاط المياه واشتباه الأنساب. فأشبهت المبيعة. وروي عن أحمد أنه لا يحـرم لما روي عن ابن عمر أنه قال: «وقع في سهمي يـوم جلولاء جاريـة كأن عنقهـا إبريق فضـة فما ملكت نفسي أن قمت إليها فقبلتها والناس ينظرون» ولأنه لا نص في المسبية ولا يصـح قياسهـا على المبيعـة لأنها تحتمل أن تكون أم ولد للبائع، فيكون مستمتعـاً بأم ولـد غيره ومبـاشراً لمملوكـة غيره والمسبيـة

مملوكة له على كل حال وإنما حرم وطؤها لئلا يسقي ماءه زرع غيره، وقول الخرقي بعد تمام ملكه لها يعني أن الاستبراء لا يكون إلا بعد ملك المشتري لجميعها ولو ملك بعضها ثم ملك باقيها لم يحتسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيها، وإن ملكها ببيع فيه الخيار انبنى على نقل الملك في مدته فإن قلنا ينتقل فابتداء الاستبراء من حين البيع، وإن قلنا لا ينتقل فابتداؤه من حين انقطع الخيار، وإن كان المبيع معيباً فابتداء الخيار من حين البيع لأن العيب لا يمنع نقل الملك بغير خلاف، وهل يبتدأ الاستبراء من حين البيع قبل القبض أو من حين القبض؟ فيه وجهان: **أحدهما**: من حين البيع لأن الملك ينتقل به. **والثاني**: من حين القبض لأن القصد معرفة براءتها من ماء البائع، ولا يحصل ذلك مع كونها في يده، وإن اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم صارت إلى السيد حلت له بغير استبراء لأن مكله ثابت على ما في يد عبده فقد حصل استبراؤها في ملكه، وإن اشترى مكاتبه أمة فاستبرأها ثم صارت إلى سيده فعليه استبراؤها لأن ملكه تجدد عليها إذ ليس للسيد ملك على ما في يد مكاتبه إلا أن تكون الجارية من ذوات محارم المكاتب فقال أصحابنا تباح للسيد بغير استبراء. لأنه يصير حكمها حكم المكاتب إن رق رقت وإن عتق عتقت والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم، والاستبراء الواجب ها هنا في حق الحامل بوضعه بلا خلاف وفي ذات القروء بحيضة في قول أكثر أهل العلم، وقال سعيد بن المسيب وعطاء بحيضتين وهو مخالف للحديث الذي رويناه وللمعنى، فإن المقصود معرفة براءتها من الحمل وهو حاصل بحيضة وفي الآيسة والتي لم تحض والتي ارتفع حيضها بما ذكرناه في أم الولد على ما مضى من الخلاف فيه.

فصل: ومن ملك مجوسية أو وثنية فأسلمت قبل استبرائها لم تحل له حتى يستبرئها أو تتم ما بقي من استبرائها لما مضى، وإن استبرأها ثم أسلمت حلت له بغير استبرائها، وقال الشافعي لا تحل له حتى تجدد استبراءها بعد إسلامها لأن ملكه تجدد على استمتاعها فأشبهت من تجدد ملكه على رقبتها.

ولنا: قوله عليه السلام: «لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة» وهذا ورد في سبايا أوطاس وكن مشركات ولم يأمر في حقهن بأكثر من حيضة ولأنه لم يتجدد ملكه عليها ولا أصابها وطء من غيره فلم يلزمه استبراؤها كما لو حلت المحرمة ولأن الاستبراء إنما وجب كيلا يفضي إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب ومظنة ذلك تجدد الملك على رقبتها ولم يوجد، ولو باع أمته ثم ردت عليه بفسخ أو إقالة بعد قبضها أو افتراقها لزمه استبراؤها لأنه تجديد ملك سواء كان المشتري لها امرأة أو غيرها، فإن كان ذلك قبل افتراقهما أو قبل غيبة المشتري بالجارية ففيها روايتان: **إحداهما**: عليه الاستبراء وهو مذهب الشافعي لأنه تجديد ملك. **والثانية**: ليس عليه استبراء وهو قول أبي حنيفة إذا تقابلا قبل القبض لأنه لا فائدة في الاستبراء مع تعين البراءة.

فصل: وإذا زوج الرجل أمته فطلقها الزوج لم يلزم السيد استبراؤها ولكن إن طلقت بعد الدخول أو مات عنها فعليها العدة ولو ارتدت أمته أو كاتبها ثم أسلمت المرتدة وعجزت

المكاتبة حلت لسيدها بغير استبراء وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يجب عليه الاستبراء في هذا كله لأنه زال ملكه عن استمتاعها ثم عاد فأشبهت المشتراة.

ولنا: إنه لم يتجدد ملكه عليها فأشبهت المحرمة إذا حلت والمرهونة إذا فكت فإنه لا خلاف في حلها بغير استبراء ولأن الاستبراء شرع لمعنى مظنته تجدد الملك فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى.

فصل: وإن اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لم تبح بغير استبراء نص عليه أحمد وقال: هذه حيلة وضعها أهل الرأي لا بد من استبراء.

ووجه ذلك أن هذه تجدد الملك فيها ولم يحصل استبراؤها في ملكه فلم تحل بغير استبراء كما لو لم تكن مزوجة ولأن إسقاط الاستبراء ها هنا ذريعة إلى إسقاطه في حق من أراد إسقاطه بأن يزوجها عند بيعها ثم يطلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام. فأما إن كان الزوج دخل بها ثم طلقها فعليها العدة ولا يلزم المشتري استبراؤها لأن ذلك قد حصل بالعدة ولأنها لو عتقت لم يجب عليها مع العدة استبراء ولأنها قد استبرأت نفسها ممن كانت فراشاً له فأجزأت ذلك كما لو كانت استبرأت نفسها من سيدها إذا كانت خالية من زوج. وإن اشتراها وهي معتدة من زوجها لم يجب عليها استبراء لأنها لم تكن فراشاً لسيدها وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة ولذلك لو عتقت في هذه الحال لم يجب عليها استبراء. وقال أبو الخطاب في المزوجة هل يدخل الاستبراء في العدة؟ عن وجهين.

وقال القاضي في المعتدة يلزم السيد استبراؤها بعد قضاء العدة ولا يتداخلان لأنهما من رجلين ومفهوم كلام أحمد ما ذكرناه أولاً لأنه علل فيها قبل الدخول بأنها حيلة وضعها أهل الرأي ولا يوجد ذلك ها هنا. ولا يصح قولهم إن الاستبراء من رجلين فإن السيد ها هنا ليس له استبراء.

فصل: وإن كانت الأمة لرجلين فوطئاها ثم باعاها لرجل أجزأه استبراء واحد لأنه يحصل به معرفة البراءة. فإن قيل فلو أعتقها لألزمتموها استبراءين قلنا: وجوب الاستبراء في حق المعتقة معلل بالوطء ولذلك لو أعتقها وهي ممن لا يطؤها لم يلزمها استبراء وقد وجد الوطء من اثنين فلزمها حكم وطئهما وفي مسألتنا هو معلل بتجديد الملك لا غير ولهذا يجب على المشتري الاستبراء سواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن والملك واحد فوجب أن يتجدد الاستبراء.

فصل: وإذا اشترى الرجل زوجته الأمة لم يلزمه استبراؤها لأنها فراش له فلم يلزمه استبراؤها من مائه لكن يستحب ذلك ليعلم هل الولد من النكاح فيكون عليه ولاء له لأنه عتق بملكه له ولا تصير به الأمة أم ولد، أو هو حادث في ملك يمينه فلا يكون عليه ولاء وتصير به الأمة أم ولد، ومتى تبين حملها فله وطؤها لأنه قد علم الحمل وزال الاشتباه.

فصل: وإن وطىء الجارية التي يلزمه استبراؤها قبل استبرائها أثم والاستبراء باق بحاله لأنه حق عليه فلا يسقط بعدوانه. فإن لم تعلق منه استبرأها بما كان يستبرئها به قبل الوطء: وتبني

على ما مضى من الاستبراء وإن علقت منه فمتى وضعت حملها استبرأها بحيضة ولا يحل له الاستمتاع منها في حال حملها لأنه لم يستبرئها وإن وطئها وهي حامل حملاً كان موجوداً حين البيع من غير البائع فمتى وضعت حملها انقضى استبراؤها، قال أحمد: ولا يلحق بالمشتري ولا يتبعه ولكن يعتقه لأنه قد شرك فيه لأن الماء يزيد في الولد.

وقد روى أبو داود بإسناده عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ أنه مر بامرأة مجح[1] على باب فسطاط فقال: «لعله يريد أن يلم بها» فقالوا: نعم. فقال رسول الله ﷺ: «لقد هممت أن ألعنه لعناً يدخل معه قبره كيف يورثه وهو لا يحل له أو كيف يستخدمه وهو لا يل له» ومعناه أنه إن استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لأنه ليس بوالده وإن اتخذه مملوكاً لم يحل له لأنه قد شرك فيه لكون الوطء يزيد في الولد، وعن ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ عن وطء الحبالى حتى يضعن ما في بطونهن» رواه النسائي والترمذي.

فصل: ومن أراد بيع أمته فإن كان لا يطؤها لم يلزمه استبراؤها لكن يستحب ذلك ليعلم خلوها من الحمل فيكون أحوط للمشتري وأقطع للنزاع. قال أحمد وإن كان لامرأة فإني أحب أن لا تبيعها حتى تستبرئها بحيضة فهو أحوط لها، وإن كان يطؤها وكانت آيسة فليس عليه استبراؤها لأن انتفاء الحمل معلوم، وإن كانت ممن تحمل وجب عليه استبراؤها وبه قال النخعي والثوري. وعن أحمد رواية أخرى لا يجب عليه استبراؤها وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي. لأن عبد الرحمن بن عوف باع جارية كان يطؤها قبل استبرائها، ولأن الاستبراء على المشتري فلا يجب على البائع فإن الاستبراء في حق الحرة آكد ولا يجب قبل النكاح وبعده كذلك لا يجب في الأمة قبل البيع وبعده.

ولنا: إن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف بيع جارية كان يطؤها قبل استبرائها فروى عبد الله بن عبيد بن عمير قال: باع عبد الرحمن بن عوف جارية كان يقع عليها قبل أن يستبرئها فظهر بها حمل عند الذي اشتراها فخاصموه إلى عمر فقال له عمر كنت تقع عليها؟ قال نعم، قال فبعتها قبل أن يستبرئها؟ قال نعم، قال ما كنت لذلك بخليق؟ قال فدعا القافة فنظروا إليه فألحقوه به ولأنه يجب على المشتري الاستبراء لحفظ مائه فكذلك البائع ولأنه قبل الاستبراء مشكوك في صحة البيع وجوازه لاحتمال أن تكون أم ولد فيجب الاستبراء لإزالة الاحتمال فإن خالف وباع فالبيع صحيح في الظاهر لأن الأصل عدم الحمل ولأن عمر وعبد الرحمن لم يحكما بفساد البيع في الأمة التي باعها قبل استبرائها إلا بلحاق الولد به، ولو كان البيع باطلاً قبل ذلك لم يحتج إلى ذلك وذكر أصحابنا الروايتين في كل أمة يطؤها من غير تفريق بين الآيسة وغيرها. والأولى أن ذلك لا يجب في الآيسة لأن علة الوجوب احتمال الحمل وهو وهم بعيد والأصل عدمه فلا تثبت به حكماً بمجرده.

---

(١) هي المرأة الحبلى قد قاربت الولادة.

فصل: وإذا اشترى جارية فظهر بها حمل لم يخل من أحوال خمسة: **أحدها**: أن يكون البائع أقر بوطئها عند البيع أو قبله وأتت بولد لدون الستة أشهر أو يكون البائع ادعى الولد فصدقه المشتري فإن الولد يكون للبائع والجارية أم ولد له وله البيع باطل.

الحال الثاني: أن يكون أحدهما: استبرأها ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطئها المشتري فالولد للمشتري والجارية أم ولد له.

الحال الثالث: أن تأتي به لأكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما لها ولأقل من ستة أشهر منذ وطئها المشتري فلا يلحق نسبه بواحد منهما ويكون ملكاً للمشتري ولا يملك فسخ البيع لأن الحمل تجدد في ملكه ظاهراً فإن ادعاه كل واحد منهما فهو للمشتري لأنه في ملكه مع احتمال كونه منه، وإن ادعاه البائع وحده وصدقه المشتري لحقه وكان البيع باطلاً وإن كذبه فالقول قول المشتري في ملك الولد ون الملك انتقل إليه ظاهراً فلم تقبل دعوى البائع فيما يبطل حقه كما لو أقر بعد البيع أن الجارية مغصوبة أو معتقة وهل يثبت نسب الولد من البائع؟ فيه وجهان:

أحدهما: يثبت لأنه نفع للولد من غير ضرر على المشتري فيقبل قوله فيه كما لو أقر لولده بمال.

والثاني: لا يقبل لأن فيه ضرراً على المشتري فإنه لو أعتقه كان أبوه أحق بميراثه منه ولذلك لو أقر عبدان كل واحد منهما أنه أخو صاحبه لم يقبل إلا ببينة.

الحال الرابع: أن تأتي به بعد ستة أشهر منذ وطئها المشتري قبل استبرائها فنسبه لاحق بالمشتري فإن ادعاه البائع فأقر له المشتري لحقه وبطل البيع وإن كذبه فالقول قول المشتري، وإن ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر عرض على القافة فألحق بمن ألحقته به لحديث عبد الرحمن بن عوف ولأنه يحتمل كونه من كل واحد منهما وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما وينبغي أن يبطل البيع وتكون أم ولد للبائع لأننا نتبين أنها كانت حاملاً منه قبل بيعها.

الحال الخامس: إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ باعها ولم يكن أقر بوطئها فالبيع صحيح في الظاهر والولد مملوك للمشتري فإن ادعاه البائع فالحكم فيه كما ذكرنا في الحال الثالث سواء

مسألة: قال: (وتجتنب الزوجة المتوفى عنها زوجها الطيب والزينة والبيتوتة في غير منزلها والكحل بالإثمد والنقاب)

هذا يسمى الإحداد ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في وجوبه على المتوفى عنها زوجها إلا عن الحسن فإنه قال لا يجب الإحداد وهو قول شذ به عن أهل العلم وخالف به السنة فلا يعرج عليه ويستوي في وجوبه الحرة والأمة والمسلمة والذمية والكبيرة والصغيرة وقال أصحاب الرأي لا إحداد على ذمية ولا صغيرة لأنهما غير مكلفتين.

ولنا: عموم الأحاديث التي سنذكرها ولأن غير المكلفة تساوي المكلفة في اجتناب المحرمات كالخمر والزنا وإنما يفترقان في الإثم فكذلك الإحداد ولأن حقوق الذمية في النكاح كحقوق المسلمة فيما عليها.

فصل: ولا إحداد غير الزوجات كأم الولد إذا مات سيدها قال ابن المنذر لا أعلمهم يختلفون في ذلك وكذلك الأمة التي يطؤها سيدها إذا مات عنها ولا الموطوءة بشبهة والمزني بها لقول النبي ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهروعشراً» ولا إحداد على الرجعية بغير خلاف نعلمه لأنها في حكم الزوجات لها أن تتزين لزوجها وتستشرف له ليرغب فيها وتنفق عنده كما تفعل في صلب النكاح ولا إحداد على المنكوحة نكاحاً فاسداً لأنها ليست زوجة على الحقيقة ولا لها من كانت تحل له ويحل لها فتحزن على فقده.

فصل: وتجتنب الحادة ما يدعو إلى جماعها ويرغب في النظر إليها ويحسنها وذلك أربعة أشياء: **أحدها**: الطيب ولا خلاف في تحريمه عند من أوجب الإحداد لقول النبي ﷺ: «لا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو اظفار» متفق عليه وروت زينب بنت أم سلمة قالت دخلت على أم حبيبة زوج النبي ﷺ حين توفي أبوها أبو سفيان فدعت بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت منه جارية ثم مست بعارضها ثم قالت والله ما لي بالطيب من حاجة عير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً» متفق عليه ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة. ولا يجوز لها استعمال الأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين والبان وما أشبهه لأنه استعمال للطيب، فأما الادهان بغير المطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به لأنه ليس بطيب. **الثاني**: اجتناب الزينة وذلك واجب في قول عامة أهل العلم منهم ابن عمر وابن عباس وعطاء وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك وينهون عنه وهو ثلاثة أقسام:

أحدها: الزينة في نفسها فيحرم عليها أن تختضب وأن تحمر وجهها بالكلكون وأن تبيضه باسفيداج العرايس وأن تجعل عليه صبراً يصفره وأن تنقش وجهها ويديها وأن تحفف وجهها وما أشبهه مما يحسنها وأن تكتحل بالإثمد من غير ضرورة وذلك لما روت أم سلمة أن النبي ﷺ قال: «المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل» رواه النسائي وأبو داود وروت أم عطية أن رسول الله ﷺ قال: «لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوج فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو اظفار» متفق عليه. وعن أم سلمة قالت جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: «يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلها؟ فقال رسول الله ﷺ لا، مرتين أو ثلاثاً» متفق عليه، وروت أم سلمة قالت: «دخل علي رسول الله ﷺ حين توفي أبو سلمة وقد جعلت على

عيني صبراً فقال: ماذا يا أم سلمة؟ قلت: إنما هو صبر ليس فيه طيب قال: إنه يشب الوجه لا تجعليه إلا بالليل وتنزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب. قال قلت بأي شيء أمتشط. قال: بالسدر تغلفين به رأسك» ولأن الكحل من أبلغ الزينة والزينة تدعو إليها وتحرك الشهوة فهي كالطيب وأبلغ منه. وحكي عن بعض الشافعية أن للسوداء أن تكتحل وهو مخالف للخبر والمعنى فإنه يزينها ويحسنها، وإن اضطرت الحادة إلى الكحل بالإثمد للتداوي فلها أن تكتحل ليلاً وتمسحه نهاراً، ورخص فيه عند الضرورة عطاء والنخعي ومالك وأصحاب الرأي لما روت أم حكيم بنت أسد عن أمها أن زوجها توفي وكانت تشتكي عينيها فتكتحل بالجلاء فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة تسألها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحلي إلا لما لا بد منه يشتد عليك فتكتحلين بالليل وتغسلينه بالنهار رواه أبو داود والنسائي. وإنما منع من الكحل بالإثمد لأنه الذي تحصل به الزينة، فأما الكحل بالتوتيا والعنزروت ونحوهما فلا بأس به لأنه لا زينة فيه بل يقبح العين ويزيدها مرهاً، ولا تمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها لأنه إنما منع منه في الوجه لأنه يصفره فيشبه الخضاب ولهذا قال النبي ﷺ إنه يشب الوجه ولا تمنع من التنظيف بتقليم الأظفار ونتف الإبط وحلق الشعر المندوب إلى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر، والامتشاط به لحديث أم سلمة ولأنه يراد للتنظيف لا للتطييب.

القسم الثاني: زينة الثياب فتحرم عليها الثياب المصبغة للتحسين كالمعصفر والمزعفر وسائر الأحمر وسائر الملون للتحسين كالأزرق الصافي والأخضر الصافي والأصفر فلا يجوز لبسه لقول النبي ﷺ: «لا تلبس ثوباً مصبوغاً» وقوله: «لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق» فأما ما لا يقصد بصبغه حسنه كالكحلي والأسود والأخضر المشبع فلا تمنع منه لأنه ليس بزينة وما صبغ غزله ثم نسج فيه احتمالان: أحدهما: يحرم لبسه لأنه أرفع وأحسن ولأنه مصبوغ للحسن فأشبه ما صبغ بعد نسجه. والثاني: لا يحرم لقول رسول الله ﷺ في حديث أم سلمة «إلا ثوب عصب» وهو ما صبغ غزله قبل نسجه ذكره القاضي ولأنه لم يصبغ وهو ثوب فأشبه ما كان حسناً من الثياب غير مصبوغ، والأول أصح وأما العصب فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب قال صاحب الروض الأنف الورس والعصب نبتان باليمين لا ينبتان إلا به فأرخص النبي ﷺللحادة في لبس ما صبغ بالعصب لأنه في معنى ما صبغ لغير التحسين أما ما صبغ غزله للتحسين كالأحمر والأصفر فلا معنى لتجويز لبسه مع حصول الزينة بصبغة كحصولها بما صبغ بعد نسجه ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة وإن كان رقيقاً سواء كان من قطن أو كتان أو إبريسم لأن حسنه من أصل خلقته فلا يلزم تغييره كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة لا يلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها.

القسم الثالث: الحلي فيحرم عليها لبس الحلي كله حتى الخاتم في قول عامة أهل العلم لقول النبي ﷺ: «ولا الحلي» وقال عطاء يباح حلي الفضة دون الذهب وليس بصحيح لأن النهي عام ولأن الحلي يزيد حسنها ويدعو إلى مباشرتها قالت امرأة:

وما الحلي إلا زينة لنقيصة ... نتمم من حسن إذا الحسن قصرا

فصل: والثالث: مما تجتنبه الحادة النقاب وما في معناه مثل البرقع ونحوه لأن المعتدة مشبهة بالمحرمة والمحرمة تمنع من ذلك وإذا احتاجت إلى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل المحرمة.

فصل: والرابع: المبيت في غير منزلها وممن أوجب على المتوفي عنها زوجها الاعتداد في منزلها عمر وعثمان رضي الله عنهما وروي ذلك عن ابن عمر وابن مسعود وأم سلمة، وبه يقول مالك والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وإسحاق وقال ابن عبد البر وبه يقول جماعة فقهاء الأمصار بالحجاز والشام والعراق ومصر. وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء تعتد حيث شاءت، وروي ذلك عن علي وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم قال ابن عباس نسخت هذه الآية عدتها عند أهله وسكتت في وصيتها وإن شاءت خرجت لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٤٠] قال عطاء ثم جاء الميراث فنسخ السكنى تعتد حيث شاءت رواهما أبو داود.

ولنا: ما روت فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد الخدري: «أنها جاءت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته أن زوجها خرج في طلب أعبد له فقتلوه بطرف القدوم، فسألت رسول الله ﷺ أن أرجع إلى أهلي فإن زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة، قالت فقال رسول الله ﷺ: نعم قالت فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد دعاني أو أمرني فدعيت له فقال رسول الله ﷺ كيف قلت؟ فرددت عليه القصة فقال: امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله. فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلي فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به» رواه مالك في موطئه والأثرم وهو حديث صحيح قضى به عثمان في جماعة الصحابة فلم ينكروه وإذا ثبت هذا فإنه يجب الاعتداد في المنزل الذي مات زوجها وهي ساكنة به سواء كان مملوكاً لزوجها أو بإجارة أو عارية لأن النبي ﷺ قال لفريعة: «امكثي في بيتك» ولم تكن في بيت يملكه زوجها وفي بعض ألفاظه «اعتدي في البيت الذي أتاك فيه نعي زوجك» وفي لفظ «اعتدي حيث أتاك الخبر» فإن أتاها الخبر في غير مسكنها رجعت إلى مسكنها فاعتدت فيه، وقال سعيد بن المسيب والنخعي لا تبرح من مكانها الذي أتاها فيه نعي زوجها اتباعاً للفظ الخبر الذي رويناه.

ولنا: قوله عليه السلام: «امكثي في بيتك» واللفظ الآخر قضية في عين والمراد به هذا فإن قضايا الأعيان لا عموم لها ثم لا يمكن حمله على العموم فإنه لا يلزمها الاعتداد في السوق والطريق والبرية إذا أتاها الخبر وهي فيها.

فصل: فإن خافت هدماً أو غرقاً أو عدواً أو نحو ذلك أو حولها صاحب المنزل لكونه عارية رجع فيها أو بإجارة انقضت مدتها أو منعها السكنى تعدياً أو امتنع من إجارته أو طلب به أكثر من أجرة المثل أو لم تجد ما تكتري به أو لم تجد إلا من مالها فلها أن تنتقل لأنها حال عذر ولا يلزمها بذلك أجر المسكن وإنما الواجب عليها فعل السكنى لا تحصيل المسكن وإذا تعذرت

السكنى سقطت ولها أن تسكن حيث شاءت ذكره القاضي. وذكر أبو الخطاب أنها تنتقل إلى أقرب ما يمكنها النقلة إليه وهو مذهب الشافعي لأنه أقرب إلى موضع الوجود فأشبه من وجبت عليه الزكاة في موضع لا يجد فيه أهل السهمان فإنه ينقلها إلى أقرب موضع يجدهم فيه.

ولنا: إن الواجب سقط لعذر ولم يرد الشرع له ببدل فلا يجب كما لو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط والمعتكف إذا لم يقدر على الاعتكاف في المسجد. ولأن ما ذكروه إثبات حكم بلا نص ولا معنى نص فإن معنى الاعتداد في بيتها لا يوجد في السكنى فيما قرب منه ويفارق أهل السهمان فإن القصد نفع الأقرب وفي نقلها إلى أقرب موضع يجده نفع الأقرب فوجب لذلك.

فصل: قال أصحابنا ولا سكنى للمتوفى عنها إذا كانت حائلاً رواية واحدة، وإن كانت حاملاً فعلى روايتين وللشافعي في سكنى المتوفى عنها قولان وجه الوجوب قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ [البقرة: ٢٤٠] فنسخ بعض المدة وبقي باقيها على الوجوب، ولأن النبي ﷺ أمر فريعة بالسكنى في بيتها من غير استئذان الورثة، ولو لم تجب السكنى لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنهم كما أنها ليس لها أن تتصرف في شيء من مال زوجها بغير إذنهم.

ولنا: إن الله تعالى إنما جعل للزوجة ثمن التركة أو ربعها وجعل باقيها لسائر الورثة والمسكن من التركة، فوجب أن لا يستحق منه أكثر من ذلك ولأنها بائن من زوجها فأشبهت المطلقة ثلاثاً، وأما إذا كانت حاملاً وقلنا لها السكنى فلأنها حامل من زوجها فوجب لها السكنى قياساً على المطلقة، فأما الآية التي احتجوا بها فإنها منسوخة، وأما أمر النبي ﷺ فريعة بالسكنى فقضية في عين يحتمل أنه عليه السلام علم أن الوارث يأذن في ذلك أو يكون الأمر يدل على وجوب السكنى عليها ويتقيد ذلك بالإمكان وإذن الوارث من جملة ما يحصل الإمكان به، فإذا قلنا لها السكنى فهي أحق بسكنى المسكن الذي كانت تسكنه من الورثة والغرماء من رأس مال المتوفى ولا يباع في دينه بيعاً يمنعها السكنى فيه حتى تقضي العدة. وبهذا قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور العلماء وإن تعذر المسكن فعلى الوارث أن يكتري لها مسكناً من مال الميت فإن لم يفعل أجبره الحاكم، وليس لها أن تنتقل من مسكنها إلا لعذر كما ذكرنا وإن اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه لم يجز لأن هذه السكنى يتعلق بها حق الله تعالى لأنها تجب للعدة والعدة يتعلق بها حق الله تعالى فلم يجز اتفاقهما على إبطالها بخلاف سكنى النكاح فإنها حق لهما ولأن السكنى ها هنا من الإحداد فلم يجز الاتفاق على تركها كسائر خصال الاحداد، وليس لهم أن يخرجوها إلا أن تأتي بفاحشة مبينة لقول الله تعالى ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١] وهي أن تطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم بالسب ونحوه. روي ذلك عن ابن عباس وهو قول الأكثرين وقال ابن مسعود والحسن: هي الزنا لقول الله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وإخراجهن هو الإخراج لإقامة حد الزنا ثم ترد إلى مكانها.

ولنـا: إن الآية تقتضي الإخـراج عن السكنى وهذا لا يتحقق فيـما قالاه، وأمـا الفاحشـة فهي اسم للزنـا وغيره من الأقـوال الفاحشـة، يقال أفحش فـلان في مقـالـه، ولهـذا روي عن النبي ﷺ قـالت له عـائشة: «يـا رسول الله قلت لفـلان بئس أخو العشـيرة فلما دخل ألنت لـه القول فقال: يا عائشة إن الله لا يحب الفحش ولا التفحش».

إذا ثبت هذا فإن الورثة يخـرجونها عن ذلـك المسكن إلى مسكن آخر من الـدار إن كانت كبـيرة تجمعهم فإن كـانت لا تجمعهم أو لم يمكن نقلها إلى غـيرَه في الدار ولم يتخلصـوا من أذاها بذلك فلهم نقلِها. وقال بعض أصحابنا: ينتقلون هم عنها لأن سكناها واجب في المكان وليس بواجب عليهم والنص يدل على أنها تخرج فـلا يعرج عـلى ما خـالفه ولأن الفـاحشة منهـا فكان الإخراج لها، وإن كان أحماؤها هم الذين يؤذونها ويفحشـون عليها نقلوا هم دونها فـإنها لم تأت بفاحشة فلا تخرج بمقتضى النص ولأن الـذنب لهم فيخصون بـالإخراج. وإن كـان المسكن لغير الميت فتبرع صاحبه بإسكانها فيه لزمها الاعتداد به وإن أبى أن يسكنها إلا بأجرة وجب بذلها من مال الميت إلا أن يتبرع إنسان ببذلها فيلزمها الاعتداد به فإن حولها صاحب المكـان أو طلب أكثر من أجرة المثل فعلى الورثة إسكانها إن كان للميت تركة يستأجـر لها به مسكن لأنه حق لهـا يقدم على الميراث فإن اختارت النقلة عن هـذا المسكن الذي ينقلونها إليـه فلها ذلـك لأن سكناهـا به حق لهـا وليس بواجب عليهـا فإن المسكن الـذي كان يجب عليهـا السكنى به هـو الذي كـانت تسكنه حين موت زوجها وقد سقطت عنها السكنى به وسواء كان المسكن الذي كانت به لأبويها أو لأحدهما أو لغيرهم، وإن كانت تسكن في دارها فاختارت الإقامة فيها والسكنى بها متبرعـة أو بأجرة تأخذها من التركة جاز ويلزم الورثة بذل الأجرة إذا طلبتهـا وإن طلبت أن تسكنها غـيرها وتنتقل عنها فلها ذلك لأنه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها وعليهم إسكانها.

فصـل: فأمـا إذا قلنا ليس لهـا السكنى فتطوع الـورثـة بـإسكـانها في مسكن زوجهـا أو السلطان أو أجنبي لزمها الاعتداد به وإن منعت السكنى به أو طلبوا منهـا الأجرة فلهـا أنْ تنتقل عنه إلى غيره كما ذكرنا فيما إذا أخرجها المؤجر عند انقضاء الإجارة وسـواء قدرت عـلى الأجرة أو عجزت عنها لأنه إنما تلزمها السكنى لا تحصيل المسكن، وإن كانت في مسكن لزوجها فأخرجها الورثة منه وبذلوا لها مسكناً آخر لم تلزمها السكنى وكذلك إن خرجت من المسكن الـذي هي به أو خرجت لأي عارض كان لم تلزمها السكنى في موضع معين سواه سواء بذله الورثـة أو غيرهم لأنها إنما يلزمها الاعتداد في بيتها الذي كانت فيه لا في غيره وكـذلك إذا قلنـا لها السكنى فتعـذر سكناها في مسكنها وبذل لها سواه وإن طلبت مسكناً سواه لزم الورثة تحصيله بأجرة أو بغيرها إن خلف الميت تركة تفي بذلك ويقدم ذلك على الميراث لأنه حق على الميت فأشبه الدين فإن كـان على الميت دين يستغرق ماله ضربت بأجرة المسكن مع الغرماء لأن حقها مسـاو لحقوق الغـرماء وتستأجر بما يصيبها موضعاً تسكنه وكذلك الحكم في المطلقة إذا حجر على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقها فإنها تضرب بأجرة المسكن لمدة العدة مع الغرماء إذا كانت حاملاً فإن قيل فهلا قدمتم حق الغرماء لأنه أسبق؟ قلنا: لأن حقها ثبت عليه بغير اختيارهـا فشاركت الغـرماء فيـه كما لـو

أتلف المفلس مالاً لإنسان أو جنى عليه، وإن مات وهي في مسكنه لم يجز إخراجها منه لأن حقها تعلق بعين المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه فكان حقها مقدماً كحق المرتهن، وإن طلب الغرماء ببيع هذا المسكن وتترك السكنى لها مدة العدة لم يجز لأنها إنما تستحق السكنى إذا كانت حاملاً ومدة الحمل مجهولة فتصير كما لو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة، وإن أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضر بها في السكنى لم يكن لهم ذلك، وإن أرادوا التعليم بخطوط من غير نقض ولا بناء جاز لأنه لا ضرر عليها فيه.

فصل: وإذا قلنا إنها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها فإنها تضرب بمدة عادتها في وضع الحمل إن كانت حاملاً، وإن كانت مطلقة من ذوات القروء وقلنا لها السكنى ضربت بمدة عادتها في القروء، فإن لم تكن لها عادة ضربت بغالب عادات النساء وهو تسعة أشهر للحمل وثلاثة أشهر لكل قرء شهر، أو بما بقي من ذلك إن كان قد مضى من مدة حملها شيء لأنه لا يمكن تأخير القسمة لحق الغرماء فإذا ضربت بذلك فوافق الصواب فلم تزد ولم تنقص استقر الحكم وتستأجر مما يحصل لها مكاناً تسكنه، وإذا تعذر ذلك سكنت حيث شاءت وإن كانت المدة أقل مما ضربت به مثل أن وضعت حملها لستة أشهر أو تربصت ثلاثة قروء في شهرين فعليها رد الفضل وتضرب فيه بحصتها منه، وإن طالت العدة أكثر من ذلك مثل أو وضعت حملها في عام أو رأت ثلاثة قروء في نصف عام رجعت بذلك على الغرماء كما يرجعون عليها في صورة النقض ويحتمل أن لا ترجع به ويكون في ذمة زوجها لأننا قدرنا ذلك مع تجويز الزيادة فلم تكن لها الزيادة عليه.

فصل: وللمعتدة الخروج في حوائجها نهاراً سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها لما روى جابر قال: «طلقت خالتي ثلاثاً فخرجت تجذ نخلها فلقيها رجل فنهاها فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: اخرجي فجذي نخلك لعلك أن تتصدقي منه أو تفعلي خيراً» رواه النسائي وأبو داود. وروى مجاهد قال: «استشهد رجال يوم أحد فجاءت نساؤهم إلى رسول الله ﷺ وقلن يا رسول الله نستوحش بالليل أفنبيت عند إحدانا، فإذا أصبحنا بادرنا إلى بيوتنا؟ فقال رسول الله ﷺ: تحدثن عند إحداكن حتى إذا أردتن النوم فلتؤب كل واحدة إلى بيتها» وليس لها المبيت في غير بيتها ولا الخروج ليلاً إلا لضرورة لأن الليل مطنة الفساد بخلاف النهار فإنه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء ما يحتاج إليه وإن وجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه إلا بها كاليمين والحد وكانت ذات خدر بعث إليها الحاكم من يستوفي الحق منها في منزلها، وإن كانت برزة جاز إحضارها لاستيفائه فإذا فرغت رجعت إلى منزلها.

فصل: والأمة كالحرة في الاحداد والاعتداد في المنزل إلا أن سكناها في العدة كسكناها في حياة زوجها للسيد إمساكها نهاراً وإرسالها ليلاً فإن أرسلها ليلاً ونهاراً اعتدت زمانها كله في المنزل وعلى الورثة سكناها فيهما كالحرة سواء.

فصل: والبدوية كالحضرية في الاعتداد في منزلها الذي مات زوجها وهي ساكنة فيه فإن انتقلت الحلة انتقلت معهم لأنها لا يمكنها المقام وحدها، وإن انتقل غير أهلها لزمها المقام معهم وإن انتقل أهلها انتقلت معهم إلا أن يبقى من الحلة من لا تخاف على نفسها معهم فتكون مخيرة بين الإقامة والرحيل وإن هرب أهلها فخافت هربت معهم وإن أمنت أقامت لقضاء العدة في منزلها.

فصل: فإن مات صاحب السفينة وامرأته في السفينة ولها مسكن في البر فحكمها حكم المسافرة في البر على ما سنذكره وإن لم يكن لها مسكن سواها وكان فيها بيت يمكنها السكنى فيه بحيث لا تجتمع مع الرجال وأمكنها المقام فيه بحيث تأمن على نفسها ومعها محرمها لزمها أن تعتد به فإن كانت ضيقة وليس معها محرمها أو لا يمكنها الإقامة فيها إلا بحيث تختلط بالرجال لزمها الانتقال منها إلى موضع سواها.

مسألة: قال: (والمطلقة ثلاثاً تتوقى الطيب والزينة والكحل بالإثمد)

اختلفت الرواية عن أحمد في وجوب الاحداد على المطلقة البائن فعنه يجب عليها وهو قول سعيد بن المسيب وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي. والثانية: لا يجب عليها وهو قول عطاء وربيعة ومالك وابن المنذر ونحوه قول الشافعي لأن النبي ﷺ قال: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً» وهذه عدة الوفاة فيدل على أن الإحداد إنما يجب في عدة الوفاة، ولأنها معتدة عن غير وفاة فلم يجب عليها الإحداد كالرجعية والموطوءة بشبهة ولأن الإحداد في عدة الوفاة لإظهار الأسف على فراق زوجها وموته، فأما الطلاق فإنه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها فلا معنى لتكليفها الحزن عليه ولأن المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه فاحتيط عليها بالإحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف المطلقة فإن زوجها باق فهو يحتاط عليها بنفسه وينفي ولدها إذا كان من غيره.

ووجه الرواية الأولى: أنها معتدة بائن من نكاح فلزمها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها وذلك لأن العدة تحرم النكاح فحرمت دواعيه، ويخرج على هذا الرجعية فإنها زوجة والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح فلم تكمل الحرمة، فأما الحديث فإنما مدلوله تحريم الإحداد على ميت غير الزوج ونحن نقول به. ولهذا جاز الإحداد ها هنا بالإجماع، فإذا قلنا يلزمها الإحداد لزمها شيئان توقي الطيب والزينة في نفسها على ما قدمنا فيها ولا تمنع من النقاب ولا من الاعتداد في غير منزلها ولذلك أمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: وإذا كانت المبتوتة حاملاً وجب لها السكنى رواية واحدة. ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً فيه. وإن لم تكن حاملاً ففيها روايتان:

إحداهما: لا يجب لها ذلك وهو قول ابن عباس وجابر، وبه قال عطاء وطاوس والحسن وعمرو بن ميمون وعكرمة وإسحاق وأبو ثور وداود.

والثانية: يجب لها ذلك وهو قول ابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وأبي بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وسليمان بن يسار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لقول الله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١] وقال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فأوجب لهن السكنى مطلقاً ثم خص الحامل بالإنفاق عليها.

ولنا: ما روت فاطمة بنت قيس: «أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فتسخطته فقال والله ما لك علينا من شيء فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال لها: ليس لك عليه نفقة ولا سكنى، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ـ ثم قال ـ إن تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي في بيت ابن ام مكتوم» متفق عليه، فإن قيل فقد أنكر عليها عمر وقال: «ما كنا لندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت؟» وقال عروة: «لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب وقال إنها كانت في مكان وحش فخيف على ناحيتها» وقال سعيد بن المسيب: «تلك امرأة فتنت الناس إنها كانت لسنة فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الأعمى» قلنا: أما مخالفة الكتاب فإن فاطمة لما أنكروا عليها قالت بيني وبينكم كتاب الله قال تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١] فأي أمر يحدث بعد الثلاث؟ فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملاً فعلام تحبسونها؟ فكيف تحبس امرأة بغير نفقة؟ وأما قولهم: إن عمر قال: لا ندع كتاب ربنا فقد أنكر أحمد هذا القول عن عمر قال ولكنه قال لانجيز في ديننا قول امرأة وهذا مجمع على خلافه وقد أخذنا بخبر فريعة وهي امرأة وبرواية عائشة وأزواج رسول الله ﷺ في كثير من الأحكام وصار أهل العلم إلى خبر فاطمة هذا في كثير من الأحكام مثل سقوط نفقة المبتوتة إذا لم تكن حاملاً ونظر المرأة إلى الرجال وخطبة الرجل على خطبة أخيه إذا لم تكن سكنت إلى الأول.

وأما تأويل من تأول حديثها فليس بشيء فإنها تخالفهم في ذلك وهي أعلم بحالها ولم يتفق المتأولون على شيء، وقد رد على من رد عليها فقال ميمون بن مهران لسعيد بن المسيب قال: «تلك امرأة فتنت الناس لئن كانت إنما أخذت بما أفتاها رسول الله ﷺ ما فتنت الناس، وإن لنا في رسول الله ﷺ إسوة حسنة» مع أنها أحرم الناس عليه ليس له عليها رجعة ولا بينهما ميراث وقول عائشة: «إنها كانت في مكان وحش» لا يصح فإن النبي ﷺ علل بغير ذلك فقال: «يا ابنة آل قيس إنما السكنى والنفقة ما كان لزوجك عليك الرجعة» هكذا رواه الحميدي والأثرم. ولأنه لو صح ما قالته عائشة أو غيرها من التأويل ما احتاج عمر في رده إلا أن يعتذر بأنه قول امرأة ثم فاطمة صاحبة القصة وهي أعرف بنفسها وبحالها وقد أنكرت على من أنكر عليها

وردت على من رد خبرها أو تأوله بخلاف ظاهره فيجب تقديم قولها لمعرفتها بنفسها وموافقتها ظاهر الخبر كما في سائر ما هذا سبيله.

فصل: قال أصحابنا: ولا يتعين الموضع الذي تسكنه في الطلاق سواء قلنا لها السكنى أو لم نقل، بل يتخير الزوج بين إقرارها في الموضع الذي طلقها فيه وبين نقلها إلى مسكن مثلها، والمستحب إقرارها لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١] ولأن فيه خروجاً من الخلاف فإن الذين ذكرنا عنهم أن لها السكنى يرون وجوب الاعتداد عليها في منزلها. فإن كانت في بيت يملك الزوج سكناه ويصلح لمثلها اعتدت فيه فإن ضاق عنهما انتقل عنها وتركه لها لأنه يستحب سكناها في الموضع الذي طلقها فيه، وإن اتسع الموضع لهما وفي الدار موضع لها منفرد كالحجرة أو علو الدار أو سفلها وبينهما باب مغلق سكنت فيه وسكن الزوج في الباقي لأنهما كالحجرتين المتجاورتين وإن لم يكن بينهما باب مغلق لكن لها موضع تتستر فيه بحيث لا يراها ومعها محرم تتحفظ به جاز لأن مع المحرم يؤمن الفساد ويكره في الجملة، لأنه لا يؤمن النظر وإن لم يكن معها محرم لم يجز. لقول النبي ﷺ: «لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم فإن ثالثهما الشيطان» وإن امتنع من إسكانها وكانت ممن لها عليه السكنى أجبره الحاكم فإن كان الحاكم معدوماً رجعت على الزوج وإن كان الحاكم موجوداً فهل ترجع؟ على روايتين. وإن كان الزوج حاضراً ولم يمنعها من المسكن فاكترت لنفسها موضعاً أو سكنت في موضع تملكه لم ترجع بالأجرة لأنها تبرعت بذلك فلم ترجع به على أحد. وإن عجز الزوج عن إسكانها لعسرته أو غيبته أو امتنع من ذلك مع قدرته سكنت حيث شاءت وكذلك المتوفى عنها زوجها إذا لم يسكنها ورثته لأنه إنما تلزمها السكنى في منزله لتحصين مائه فإذا لم تفعل لم يلزمها ذلك.

مسألة: قال: (وإذا خرجت إلى الحج فتوفي عنها زوجها وهي بالقرب رجعت لتقضي العدة فإن كانت قد تباعدت مضت في سفرها فإن رجعت وقد بقي من عدتها شيء أتت به في منزلها)

وجملته أن المعتدة من الوفاة ليس لها أن تخرج إلى الحج ولا إلى غيره روي ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال سعيد بن المسيب والقاسم ومالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي والثوري. وإن خرجت فمات زوجها في الطريق رجعت إن كانت قريبة لأنها في حكم الإقامة. وإن تباعدت مضت في سفرها. وقال مالك ترد ما لم تحرم. والصحيح أن البعيدة لا ترد لأنه يضر بها وعليها مشقة ولا بد لها من سفر وإن رجعت، قال القاضي ينبغي أن يحد القريب بما لا تقصر فيه الصلاة والبعيد ما تقصر فيه لأن ما لا تقصر الصلاة فيه أحكامه أحكام الحضر. وهذا قول أبي حنيفة إلا أنه لا يرى القصر إلا في مسيرة ثلاثة أيام فقال متى كان بينها وبين مسكنها دون ثلاثة أيام فعليها الرجوع إليه وإن كان فوق ذلك لزمها المضي إلى مقصدها والاعتداد فيه إذا كان بينها وبينه دون ثلاثة أيام وإن كان بينه وبينها ثلاثة أيام وفي موضعها الذي هي به موضع يمكنها الإقامة فيه لزمها الإقامة وإن لم يمكنها الإقامة مضت إلى مقصدها.

وقال الشافعي إن فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام لأنها صارت في موضع أذن لها زوجها فيه وهو السفر فأشبه ما لو كانت قد بعدت.

ولنا: على وجوب الرجوع إذا كانت قريبة: ما روى سعيد ثنا جرير عن منصور عن سعيد بن المسيب قال: «توفي أزواج نساؤهن حاجات أو معتمرات فردهن عمر من ذي الحليفة حتى يعتددن في بيوتهن» ولأنه أمكنها الاعتداد في منزلها قبل أن يبعد سفرها فلزمها كما لو لم تفارق البنيان، وعلى أن البعيدة لا يلزمها الرجوع إن كان عليها مشقة وتحتاج إلى سفر في رجوعها فأشبهت من بلغت مقصدها. وإن اختارت البعيدة الرجوع فلها ذلك إذا كانت تصل إلى منزلها قبل انقضاء عدتها ومتى كان عليها في الرجوع خوف أو ضرر فلها المضي في سفرها كما لو بعدت، ومتى رجعت وقد بقي عليها شيء من عدتها لزمها أن تأتي به في منزل زوجها بلا خلاف نعلمه بينهم في ذلك لأنه أمكنها الاعتداد فيه فلزمها كما لو لم تسافر منه.

فصل: ولو كانت عليها حجة الإسلام فمات زوجها لزمتها العدة في منزلها وإن فاتها الحج لأن العدة في المنزل تفوت ولا بدل لها والحج يمكن الإتيان به في غير هذا العام. وإن مات زوجها بعد إحرامها بحج الفرض أو بحج أذن لها زوجها فيه نظرت فإن كان وقت الحج متسعاً لا تخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد في منزلها لأنه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز إسقاط أحدهما، وإن خشيت فوات الحج لزمها المضي فيه، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يلزمها المقام وإن فاتها الحج لأنها معتدة فلم يجز لها أن تنشيء سفراً كما لو حرمت بعد وجوب العدة عليها.

ولنا: إنهما عبادتان استويا في الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الأسبق منهما كما لو كانت العدة أسبق. ولأن الحج آكد لأنه أحد أركان الإسلام والمشقة بتفويته تعظم فوجب تقديمه كما لو مات زوجها بعد أن بعُد سفرها إليه، وإن أحرمت بالحج بعد موت زوجها وخشيت فواته احتمل أن يجوز لها المضي إليه لما في بقائها في الإحرام من المشقة، واحتمل أن يلزمها الاعتداد في منزلها لأن العدة أسبق ولأنها فرطت وغلظت على نفسها. فإذا قضت العدة وأمكنها السفر إلى الحج لزمها ذلك فإن أدركته وإلا تحللت بعمل عمرة وحكمها في القضاء حكم من فاته الحج، وإن لم يمكنها السفر فحكمها حكم المحصر كالتي يمنعها زوجها من السفر وحكم الإحرام بالعمرة كذلك إذا خيف فوات الرفقة أو لم يخف.

فصل: وإذا أذن لها زوجها للسفر لغير النقلة فخرجت ثم مات زوجها فالحكم في ذلك كالحكم في سفر الحج على ما ذكرنا من التفصيل وإذا مضت إلى مقصدها فلها الإقامة حتى تقضي ما خرجت إليه وتنقضي حاجتها من تجارة أو غيرها وإن كان خروجها لنزهة أو زيارة أو لم يكن قدر لها مدة فإنها تقيم إقامة المسافر ثلاثاً وإن قدر لها مدة فلها إقامتها لأن سفرها بحكم إذنه فكان لها إقامة ما أذن لها فيه فإذا مضت مدتها أو قضت حاجتها ولم يمكنها الرجوع لخوف أو غيره أتمت العدة في مكانها وإن أمكنها الرجوع لكن لا يمكنها الوصول إلى منزلها حتى تنقضي

عدتها لزمتها الإقامة في مكانها لأن الاعتداد وهي مقيمة أولى من الإتيان بها في السفر وإن كانت تصل وقد بقي من عدتها شيء لزمها العود لتأتي بالعدة في مكانها.

فصل: وإن أذن الزوج لها في الانتقال إلى دار أخرى أو بلد آخر فمات قبل انتقالها لزمها الاعتداد في الدار التي هي بها لأنها بيتها وسواء مات قبل نقل متاعها أو بعده لأنها مسكنها ما لم تنتقل عنه وإن مات بعد انتقالها إلى الثانية اعتدت فيها لأنها مسكنها، وسواء كانت قد نقلت متاعها أو لم تنقله وإن مات وهي بينهما فهي مخيرة لأنها لا مسكن لها منهما فإن الأولى قد خرجت عنها منتقلة فخرجت عن كونها مسكناً لها. والثانية: لم تسكن بها فهما سواء. وقيل يلزمها الاعتداد في الثانية لأنها المسكن الذي أذن لها زوجها في السكنى به وهذا يمكن في الدارين فأما إذا كانا بلدين لم يلزمها الانتقال إلى البلد الثاني بحال لأنهاإنما كانت تنتقل لغرض زوجها في صحبتها إياه وإقامتها معه فلو ألزمناها ذلك بعد موته لكلفناها السفر الشاق والتغرب عن وطنها وأهلها والمقام مع غير محرمها والمخاطرة بنفسها مع فوات الغرض، وظاهر حال الزوج أنه لو علم أنه يموت لما نقلها فصارت الحياة مشروطة في النقلة فأما إن انتقلت إلى الثانية ثم عادت إلى الأولى لنقل متاعها. فمات زوجها وهي بها فعليها الرجوع إلى الثانية لأنها صارت مسكنها بانتقالها إليها وإنما عادت إلى الأولى لحاجة والاعتبار بمسكنها دون موضعها وإن مات وهي في الثانية فقالت أذن لي زوجي في السكنى بهذا المكان وأنكر ذلك الورثة أو قالت إنما أذن لي زوجي في المجيء إليه لا في الإقامة به وأنكر ذلك الورثة فالقول قولها لأنها أعرف بذلك منهم، وكل موضع قلنا يلزمها السفر عن بلدها فهو مشروط بوجود محرمها مسافراً معها والأمن على نفسها لقول رسول الله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم من أهلها» أو كما قال.

مسألة: قال: (وإذا طلقها زوجها أو مات عنها وهو ناء عنها فعدتها من يوم مات أو طلق إذا صح ذلك عندها وإن لم تجتنب ما تجتنبه المعتدة)

هذا المشهور في المذهب وأنه متى مات زوجها أو طلقها فعدتها من يوم موته وطلاقه. وقال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبد الله أعلمه أن العدة تجب من حين الموت والطلاق إلا ما رواه إسحاق بن إبراهيم. وهذا قول ابن عمر وابن عباس وابن مسعود ومسروق وعطاء وجابر بن زيد وابن سيرين ومجاهد وسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وسليمان بن يسار وأبي قلابة وأبي العالية والنخعي ونافع ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي. وعن أحمد إن قامت بذلك بينة فكما ذكره وإلا فعدتها من يوم يأتيها الخبر.

وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز، ويروى عن علي والحسن وقتادة وعطاء الخراساني وخلاس بن عمرو: أن عدتها من يوم يأتيها الخبر لأن العدة اجتناب أشياء وما اجتنبتها.

ولنا: إنها لو كانت حاملاً فوضعت حملها غير عالمة بفرقة زوجها لانقضت عدتها فكذلك سائر أنواع العدد ولأنه زمان عقيب الموت أو الطلاق فوجب أن تعتد به كما لو كان حاضراً ولأن القصد غير معتبر في العدة بدليل أن الصغيرة والمجنونة تنقضي عدتهما من غير قصد ولم يعدم ها هنا إلا القصد وسواء في هذا اجتنبت ما تجنبته المعتدات، أو لم تجتنبه فإن الإحداد الواجب ليس بشرط في العدة فلو تركته قصداً أو عن غير قصد لانقضت عدتها فإن الله تعالى قال: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقال: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤] وقال: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وفي اشتراط الإحداد مخالفة هذه النصوص فوجب ألا يشترط.

كتاب الرضاع

الأصل في التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِنَ ٱلرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] ذكرهما الله سبحانه في جملة المحرمات.

وأما السنة فما روت عائشة أن النبي ﷺ قال: «إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة» متفق عليه وفي لفظ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» رواه النسائي. وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ في بنت حمزة: «لا تحل لي يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهي ابنة أخي من الرضاعة» متفق عليه في أخبار كثيرة نذكر أكثرها إن شاء الله تعالى في تضاعيف الباب. وأجمع علماء الأمة على التحريم بالرضاع. إذا ثبت هذا فإن تحريم الأم والأخت ثبت بنص الكتاب وتحريم البنت ثبت بالتنبيه فإنه إذا حرمت الأخت فالبنت أولى وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة وتثبت المحرمية لأنها فرع على التحريم إذا كان بسبب مباح. فأما بقية أحكام النسب من النفقة والعتق ورد الشهادة وغير ذلك فلا يتعلق به لأن النسب أقوى منه فلا يقاس عليه في جميع أحكامه وإنما يشبه به فيما نص عليه فيه.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (والرضاع الذي لا يشك في تحريمه أن يكون خمس رضعات فصاعداً)

في هذه المسألة مسألتان: إحداهما: أن الذي يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعداً هذا الصحيح في المذهب، وروي هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير وعطاء وطاوس وهو قول الشافعي. وعن أحمد رواية ثانية أن قليل الرضاع وكثيره يحرم. روي ذلك عن علي وابن عباس، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول والزهري وقتادة والحكم وحماد ومالك والأوزاعي والثوري والليث وأصحاب الرأي. وزعم الليث أن المسلمين أجمعوا على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد ما يفطر به الصائم واحتجوا بقول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُم ٱللاَّتِي

﴿أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَاعَةِ﴾[النساء: ٢٣] وقوله عليه السلام: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب».

وعن عقبة بن الحارث «أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء. فقالت: قد أرضعتكما فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «كيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما؟» متفق عليه، ولأن ذلك فعل يتعلق به تحريم مؤبد فلم يعتبر فيه العدد كتحريم أمهات النساء ولا يلزم اللعان لأنه قول.

والرواية الثانية: لا يثبت التحريم إلا بثلاث رضعات. وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وداود وابن المنذر لقول النبيّ ﷺ: «لا تحرم المصة ولا المصتان» وعن أم الفضل بنت الحارث قالت: «قال نبي الله ﷺ: «لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان» رواهما مسلم، ولأن ما يعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه الثلاث وروي عن حفصة: «لا يحرم دون عشر رضعات» وروي ذلك عن عائشة لأن عروة روى في حديث سهلة بنت سهيل فقال لها رسول الله ﷺ فيما بلغنا: «أرضعيه عشر رضعات فيحرم بلبنها» وجه الأولى ما روي عن عائشة أنها قالت أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخ من ذلك خمس وصار إلى خمس رضعات معلومات يحرمن فتوفي رسول الله ﷺ والأمر على ذلك رواه مسلم. وروى مالك والزهري عن عروة عن عائشة عن سهلة بنت سهيل أرضعي سالماً خمس رضعات فيحرم بلبنها والآية فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة. وصريح ما رويناه يخص مفهوم ما رووه فنجمع بين الأخبار ونحملها على الصريح الذي رويناه.

فصل: وإذا وقع الشك في وجود الرضاع أو في عدد الرضاع المحرم هل كملا أو لا؟ لم يثبت التحريم لأن الأصل عدمه فلا نزول عن اليقين بالشك كما لو شك في وجود الطلاق وعدده.

المسألة الثانية: أن تكون الرضعات متفرقات وبهذا قال الشافعي، والمرجع في معرفة الرضعة إلى العرف لأن الشرع ورد بها مطلقاً ولم يحدها بزمن ولا مقدار فدل ذلك على أنه ردهم إلى العرف فإذا ارتضع الصبي وقطع قطعاً بيناً باختياره كان ذلك رضعة فإذا عاد كانت رضعة أخرى فأما إن قطع لضيق نفس أو للانتقال من ثدي إلى ثدي أو لشيء يلهيه أو قطعت عليه المرضعة نظرنا فإن لم يعد قريباً فهي رضعة. وإن عاد في الحال ففيه وجهان:

أحدهما: أن الأولى رضعة فإذا عاد فهي رضعة أخرى وهذا اختيار أبي بكر وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل: فإنه قال أما ترى الصبي يرتضع من الثدي. فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدي ليتنفس أو يستريح فإذا فعل ذلك فهي رضعة وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة وإن عاد كما لو قطع باختياره. والوجه الآخر: أن جميع ذلك رضعة وهو مذهب الشافعي إلا فيما إذا قطعت عليه المرضعة ففيه وجهان. لأنه لو حلف لا أكلت اليوم إلا أكلة واحدة فاستدام الأكل زمناً أو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون إلى لون أو انتظار لما يحمل إليه من

الطعام لم يعد إلا أكلة واحدة فكذا ها هنا والأول أصح لأن اليسير من السعوط والوجور رضعة فكذا هذا.

مسألة: قال: (والسعوط كالرضاع وكذلك الوجور)

معنى السعوط أن يصب اللبن في أنفه من إناء أو غيره والوجور أن يصب في حلقه صباً من غير الثدي، واختلفت الرواية في التحريم بهما فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بذلك كما يثبت بالرضاع وهو قول الشعبي والثوري وأصحاب الرأي وبه قال مالك في الوجور.

والثانية: لا يثبت بهما التحريم وهو اختيار أبي بكر ومذهب داود وقول عطاء الخراساني في السعوط لأن هذا ليس برضاع وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ولأنه حصل من غير ارتضاع فأشبه ما لو دخل من جرح في بدنه.

ولنا: ما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ: «لا رضاع إلا ما أنشر العظم وأنبت اللحم» رواه أبو داود. ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم ما يحصل من الارتضاع فيجب أن يساويه في التحريم، والأنف سبيل الفطر للصائم فكان سبيلاً للتحريم كالرضاع بالفم.

فصل: وإنما يحرم من ذلك مثل الذي يحرم بالرضاع وهو خمس في الرواية المشهورة فإنه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه، فإن ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو وجور أو استعط أو أوجر وكمل الخمس برضاع ثبت التحريم لأنا جعلناه كالرضاع في أصل التحريم فكذلك في إكمال العدد ولو حلبت في إناء دفعة واحدة ثم سقته غلاماً في خمسة أوقات فهو خمس رضعات فإنه لو أكل من طعام خمس أكلات متفرقات لكان قد أكل خمس أكلات وإن حلبت في إناء حلبات في خمسة أوقات ثم سقيه دفعة واحدة كان رضعه واحدة كما لو جعل الطعام في إناء واحد في خمسة أوقات ثم أكله دفعة واحدة كان أكلة واحدة، وحكي عن الشافعي قول في الصورتين عكس ما قلنا اعتباراً بالرضاع والوجور فرعه.

ولنا: إن الاعتبار بشرب الصبي له لأنه المحرم ولهذا ثبت التحريم به من غير رضاع ولو ارتضع بحيث يصل إلى فيه ثم مجه لم يثبت التحريم فكان الاعتبار وما وجد منه إلا دفعة واحدة فكان رضعة واحدة، وإن سقته في أوقات فقد وجد في خمسة أوقات فكان خمس رضعات، فأما إن سقته اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة فظاهر قول الخرقي أنه رضعة واحدة لاعتباره خمس رضعات متفرقات ولأن المرجع في الرضعة إلى العرف وهم لا يعدون هذا رضعات فأشبه ما لو أكل الآكل الطعام لقمة بعد لقمة فإنه لا يعد أكلات، ويحتمل أن يخرج على ما إذا قطعت عليه المرضعة الرضاع على ما قدمنا.

فصل: وإن عمل اللبن جبناً ثم أطعمه الصبي ثبت به التحريم. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة لا يحرم به لزوال الاسم وكذلك على الرواية التي تقول لا يثبت التحريم بالوجود لا يثبت ها هنا بطريق الأولى.

ولنا: إنه واصل من الحلق يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم فحصل به التحريم كما لو شربه.

فصل: فأما الحقنة فقال أبو الخطاب: المنصوص عن أحمد أنها لا تحرم وهو مذهب أبي حنيفة ومالك، وقال ابن حامد وابن أبي موسى تحرم وهذا مذهب الشافعي لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر فتعلق به التحريم كالرضاع.

ولنا: إن هذا ليس برضاع ولا يحصل به التغذي فلم ينشر الحرمة كما لو قطر في إحليله، ولأنه ليس برضاع ولا في معناه فلم يجز إثبات حكمه فيه، ويفارق فطر الصائم فإنه لا يعتبر فيه إنبات اللحم ولا إنشاز العظم وهذا لا يحرم فيه إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير الحلق أشبه ما لو وصل من جرح.

مسألة: قال: (واللبن المشوب كالمحض)

المشوب المختلط بغيره والمحض الخالص الذي لا يخالطه سواه، وسوى الخرقي بينهما سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو بكر: قياس قول أحمد أنه لا يحرم لأنه وجور وحكي عن ابن حامد أنه قال: إن كان الغالب اللبن حرم وإلا فلا وهو قول أبي ثور والمزني لأن الحكم للأغلب، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به ونحو هذا قول أصحاب الرأي وزادوا فقالوا إن كانت النار قد مست اللبن حتى أنضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع. ووجه الأول أن اللبن متى كان طاهراً فقد حصل شربه ويحصل منه إنبات اللحم، وإنشاز العظم فحرم كما لو كان غالباً وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية، فأما إن صب في ماء كثير لم يتغير به لم يثبت به التحريم لأن هذا ليس بلبن مشوب ولا يحصل به التغذي ولا إنبات اللحم ولا إنشاز العظم. وحكي عن القاضي أن التحريم يثبت به وهو قول الشافعي لأن أجزاء اللبن حصلت في بطنه فأشبه ما لو كان لونه ظاهراً.

ولنا: إن هذا ليس برضاع ولا في معناه فوجب أن لا يثبت حكمه فيه.

فصل: وإن حلب من نسوة وسقيه الصبي فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن لأنه لو شيب بماء أو عسل لم يخرج عن كونه رضاعاً محرماً فكذلك إذا شيب بلبن آخر.

مسألة: قال: (ويحرم لبن الميتة كما يحرم لبن الحية لأن اللبن لا يموت)

المنصوص عن أحمد في رواية ابراهيم الحربي أنه ينشر الحرمة وهو اختيار أبي بكر وهو قول أبي ور والأوزاعي وابن القاسم وأصحاب الرأي وابن المنذر، وقال الخلال لا ينشر الحرمة وتوقف عنه أحمد في رواية مهنا وهو مذهب الشافعي لأنه لبن ممن ليس بمحل للولادة فلم يتعلق به التحريم كلبن الرجل.

ولنا: إنه وجد الارتضاع على وجه ينبت اللحم وينشز العظم من امرأة فأثبت التحريم كما لو كانت حية، ولأنه لا فارق بين شربه في حياتها وموتها إلا الحياة والموت أو النجاسة وهذا

لا أثر له، فإن اللبن لا يموت والنجاسة لا تمنع كما لو حلب في وعاء نجس، ولأنه لو حلب منها في حياتها فشربه بعد موتها لنشر الحرمة وبقاؤه في ثديها لا يمنع ثبوت الحرمة لأن ثديها لا يزيد على الإناء في عدم الحياة وهي لا تزيد على عظم الميتة في ثبوت النجاسة.

فصل: ولو حلبت المرأة لبنها في إناء ثم ماتت فشربه صبي نشر الحرمة في قول كل من جعل الوجور محرماً وبه قال أبو ثور والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم وذلك لأنه لبن امرأة في حياتها فأشبه ما لو شربه وهي في الحياة.

مسألة: قال: (وإذا حملت ممن يلحق نسب ولدها به فثاب لها لبن فأرضعت به طفلاً خمس رضعات متفرقات في حولين حرمت عليه وبناتها من أبي هذا الحمل ومن غيره وبنات أبي هذا الحمل منها ومن غيرها، وإن أرضعت صبية فقد صارت ابنة لها ولزوجها لأن اللبن من الحمل الذي هو منه)

وجملة ذلك: أن المرأة إذا حملت من رجل وثاب لها لبن فأرضعت به طفلاً رضاعاً محرماً صار الطفل المرتضع ابناً للمرضعة بغير خلاف. وصار أيضاً ابناً لمن ينسب الحمل إليه فصار في التحريم وإباحة الخلوة ابناً لهما وأولاده من البنين والبنات أولاد أولادهما وإن نزلت درجتهم وجميع أولاد المرضعة من زوجها ومن غيره وجميع أولاد الرجل الذي انتسب الحمل إليه من المرضعة ومن غيرها إخوة المرتضع وأخواته وأولاد أولادها أولاد اخوته وأخواته وإن نزلت درجتهم وأم المرضعة جدته وأبوها جده وإخوتها أخواله وأخواتها خالاته وأبو الرجل جده وأمه جدته وإخوته أعمامه وأخواته عماته وجميع أقاربهما ينتسبون إلى المرتضع كما ينتسبون إلى ولدهما من النسب، لأن اللبن الذي ثاب للمرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة فنشر التحريم إليهما ونشر الحرمة إلى الرجل وإلى أقاربه وهو الذي يسمى لبن الفحل، وفي التحريم به اختلاف ذكرناه في باب ما يحرم نكاحه. والجمع بينه والحجة القاطعة فيه ما روت عائشة: «أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن علي بعدما أنزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأته قال: ائذني له فإنه عمّك تربت يمينك» قال عروة فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول: «حرموا من الرضاع ما يحرم من النسب» متفق عليه.

وسئل ابن عباس عن «رجل تزوج امرأتين فأرضعت إحداهما جارية والأخرى غلاماً هل يتزوج الغلام بالجارية؟ فقال لا، اللقاح واحد» قال مالك اختلف قديماً في الرضاعة من قبل الأب ونزل برجال من أهل المدينة في أزواجهم منهم محمد بن المنكدر وابن أبي حبيبة فاستفتوا في ذلك فاختلف عليهم ففارقوا زوجاتهم. فأما المرتضع فإن الحرمة تنتشر إليه وإلى أولاده وإن نزلوا ولا تنتشر إلى من في درجته من إخوته وأخواته ولا إلى أعلى منه كأبيه وأمه وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته وأجداده وجداته فلا يحرم على المرضعة نكاح أبي الطفل المرتضع ولا أخيه ولا

عمه ولا خاله ولا يحرم على زوجها نكاح أم الطفل المرتضع ولا أخته ولا عمته ولا خالته ولا بأس أن يتزوج أولاد المرضعة وأولاد زوجها إخوة الطفل المرتضع وأخواته قال أحمد لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخته من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب وإنما الرضاع بين الجارية وأخته.

إذا ثبت هذا فإن من شرط تحريم الرضاع أن يكون في الحولين. وهذا قول أكثر أهل العلم، روي نحو ذلك عن عمر وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وأزواج النبي ﷺ سوى عائشة، وإليه ذهب الشعبي وابن شبرمة والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور ورواية عن مالك وروي عنه إن زاد شهراً جاز وروي شهران.

وقال أبو حنيفة يحرم الرضاع في ثلاثين شهراً لقوله سبحانه: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف:١٥] ولم يرد بالحمل حمل الأحشاء لأنه يكون سنتين فعلم أنه أراد الحمل في الفصال. وقال زفر مدة الرضاع ثلاث سنين وكانت عائشة ترى رضاعة الكبيرة تحرم. ويروى هذا عن عطاء والليث وداود لما روي أن سهلة بنت سهيل قالت: «يا رسول الله إنا كنا نرى سالماً ولداً فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلى وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه؟ فقال النبي ﷺ: أرضعيه. فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها فبذلك كانت عائشة تأخذ، تأمر بنات أخواتها وبنات إخوتها يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها وإن كان كبيراً خمس رضعات وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبي ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس حتى يرضع في المهد، وقلن لعائشة: والله ما ندري لعلها رخصة من النبي ﷺ لسالم دون الناس؟» رواه النسائي وأبو داود وغيرهما.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فجعل تمام الرضاعة حولين فيدل على أنه لا حكم لها بعدهما، وعن عائشة: أن رسول الله ﷺ دخل عليها وعندها رجل فتغير وجه النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ﷺ إنه أخي من الرضاعة فقال رسول الله ﷺ: «انظرن من إخوانكن، فإنما الرضاعة من المجاعة» متفق عليه، وعن أم سلمة قالت قال رسول الله ﷺ: «لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام» أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح، وعند هذا يتعين حمل خبر أبي حذيفة على أنه خاص له دون الناس كما قال سائر أزواج النبي ﷺ. وقول أبي حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب وقول الصحابة. فقد روينا عن علي وابن عباس: أن المراد بالحمل حمل البطن، وبه استدل على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وقد دل على هذا قول الله تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفاً لهذه الآية إذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما لحصل التحريم ولو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم، وقال ابن القاسم صاحب مالك لو ارتضع بعد الفطام في الحولين لم تحرم عليه لقوله عليه السلام: «وكان قبل الفطام».

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وروي عنه عليه السلام: «لا رضاع إلا ما كان في الحولين» والفطام معتبر بمدته لا بنفسه قال أبو الخطاب لو ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم، وقال القاضي لو شرع في الخامسة فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم. ولا يصح هذا لأن ما وجد من الرضعة في الحولين كاف في التحريم بدليل ما لو انفصل مما بعده فلا ينبغي أن يسقط حكم بإيصال ما لا أثر له به، واشترط الخرقي في نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذي ثاب اللبن بوطئه: أن يكون لبن حمل ينتسب إلى الواطىء إما لكون الوطء في نكاح أو ملك يمين أو شبهة، فأما لبن الزاني أو النافي للولد باللعان فلا ينشر الحرمة بينهما في مفهوم كلام الخرقي. وهو قول أبي عبد الله بن حامد ومذهب الشافعي، وقال أبو بكر عبد العزيز تنتشر الحرمة بينهما لأنه معني بنشر الحرمة فاستوى في ذلك مباحه ومحظوره كالوطء يحققه أن الواطىء حصل منه لبن وولد ثم إن الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطىء كذلك اللبن ولأنه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة فنشرها إلى الواطىء كصورة الاجماع، ووجه القول الأول أن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوة فلما تثبت حرمة الأبوة لم يثبت ما هو فرع لها ويفارق تحريم ابنته من الزنا لأنها من نطفته حقيقة بخلاف مسألتنا ويفارق تحريم المصاهرة فإن التحريم ثم لا يقف على ثبوت النسب ولهذا تحرم أم زوجته وابنتها من غير نسب وتحريم الرضاع مبني على النسب ولهذا قال عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» فأما المرضعة فإن الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب إليها عند الجميع، وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هذا المرتضع كما في الرضاع باللبن المباح وإن كان المرتضع جارية حرمت على الملاعن بغير خلاف أيضاً لأنها ربيبته فإنها بنت امرأته من الرضاع وتحرم على الزاني عند من يرى تحريم المصاهرة وكذلك يحرم بناتها وبنات المرتضع من الغلمان لذلك.

فصل: وإذا وطىء رجلان امرأة فأتت بولد فأرضعت بلبنه طفلاً صار ابناً لمن ثبت نسب المولود منه سواء ثبت نسبه منه بالقافة أو بغيرها وإن ألحقته القافة بهما صار المرتضع ابناً لهما فالمرتضع في كل موضع تبع للمناسب فمتي لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله وإن انتفى المناسب عن أحدهما فالمرتضع مثله لأنه بلبنه ارتضع وحرمته فرع على حرمته، وإن لم يثبت نسبه منهما لتعذر القافة أو لاشتباهه عليهم ونحو ذلك حرم عليهما تغليباً للحظر لأنه يحتمل أن يكون منهما ويحتمل أن يكون أحدهما فيحرم عليه أقاربه دون أقارب الآخر وقد اختلطت أخته بغيرها فحرم الجميع كما لو علم أخته بعينها ثم اختلفت بأجنبيات وإن انتفى عنهما جميعاً بأن تأتي به لدون ستة أشهر من وطئهما أو لأكثر من أربع سنين أو لدون ستة أشهر من وطء أحدهما أو لأكثر من أربع سنين من وطء الآخر انتفى المرتضع عنهما أيضاً. فإن كان المرتضع جارية حرمت عليهما تحريم الصاهرة ويحرم أولادها عليهما أيضاً لأنها ابنة موطوء بينها فهي ربيبة لهما.

فصل: ولا تنتشر الحرمة بغير لبن الآدمية بحال فلو ارتضع اثنان من لبن بهيمة لم يصيرا أخوين في قول عامة أهل العلم منهم الشافعي وابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأي ولو

ارتضعا من رجل لم يصيرا أخوين ولم تنتشر الحرمة بينه وبينهما في قول عامتهم، وقال الكرابيسي يتعلق به التحريم لأنه لبن آدمي أشبه لبن الآدمية وحكي عن بعض السلف أنهما إذا ارتضعا من لبن بهيمة صارا أخوين وليس بصحيح لأن هذا يتعلق به تحريم الأمومة فلا يثبت به تحريم الأخوة لأن الأخوة فرع على الأمومة وكذلك لا يتعلق به تحريم الأبوة لذلك ولأن هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام فإن ثاب لخنثى مشكل لبن لم يثبت به التحريم لأنه لم يثبت كونه امرأة فلا يثبت التحريم مع الشك وقال ابن حامد يقف الأمر حتى ينكشف أمر الخنثى فعلى قوله يثبت التحريم إلا أن يتبين كونه رجلاً لأنه لا يأمن كونه محرماً.

فصل: وإن ثاب لامرأة لبن من غير وطء فأرضعت به طفلاً نشر الحرمة في أظهر الروايتين وهو قول ابن حامد ومذهب مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وكل من يحفظ عنه ابن المنذر لقول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم كما لو ثاب بوطء، ولأن ألبان النساء خلقت لغذاء الأطفال فإن كان هذا نادراً فجنسه معتاد.

والرواية الثانية: لا تنشر الحرمة لأنه نادر لم تجر العادة به لتغذية الأطفال فأشبه لبن الرجال والأول أصح.

فصل: إذا كان لرجل خمس أمهات أولاد له منهن لبن فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة لم يصرن أمهات له وصار المولى أباً له، وهذا قول ابن حامد لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات، وفيه وجه آخر لا تثبت الأبوة، لأنه رضاع لم يثبت الأمومة فلم يثبت الأبوة كالارتضاع بلبن الرجل والأول أصح فإن الأبوة تثبت لكونه رضع من لبنه لا لكون المرضعة أماً له ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، وإذا قلنا بثبوت الأبوة حرمت عليه المرضعات، لأنه ربيبهن وهن موطوءات أبيه، وإن كان لرجل خمس بنات فأرضعن طفلاً كل واحدة رضعة لم يصرن أمهات له، وهل يصير الرجل جداً له وأولاده أخوالاً له وخالات؟ على وجهين: **أحدهما**: يصير جداً وأخوهن خالاً لأنه كمل للمرتضع خمس رضعات من لبن بناته أو أخواته فأشبه ما لو كان من واحدة والآخر لا يثبت ذلك لأن كونه جداً فرع كون ابنته أماً وكونه خالاً فرع كون أخته أماً ولم يثبت ذلك فلا يثبت الفرع وهذا الوجه يترجح في هذه المسألة لأن الفرعية متحققة بخلاف التي قبلها، فإن قلنا: يصير أخوهن خالاً لم تثبت الخؤولة في حق واحدة منهن لأنه لم يرضع من لبن أخواتها خمس رضعات، ولكن يحتمل التحريم لأنه قد اجتمع من اللبن المحرم خمس رضعات. ولو كمل للطفل خمس رضعات من أمه وأخته وابنته وزوجته وزوجة أبيه من واحدة رضعة خرج على الوجهين:

فصل: إذا كان لامرأة لبن من زوج فأرضعت طفلاً ثلاث رضعات وانقطع لبنها فتزوجت آخر فصار لها منه لبن فأرضعت منه الصبي رضعتين صارت أماً له بغير خلاف علمناه عند القائلين بأن الخمس محرمات، ولم يصر ولد من الزوجين أباً لأنه لم يكمل عدد الرضاع من لبنه ويحرم على الرجلين لكونه ربيبهما لا لكونه ولدهما.

مسألة: قال: (ولو طلق زوجته ثلاثاً وهي ترضع من لبن ولده فتزوجت بصبي مرضع فأرضعته فحرمت عليه ثم تزوجت بآخر ودخل بها ووطئها ثم طلقها أو مات عنها لم يجز أن يتزوجها الأول لأنها صارت من حلائل الأبناء لما أرضعت الصبي الذي تزوجت به)

هذه المسألة من فروع المسألة التي قبلها وهو أن المرتضع يصير ابناً للرجل الذي ثاب اللبن بوطئه. فهذه المرأة لما تزوجت صبياً ثم أرضعته بلبن مطلقها صار ابناً لمطلقها فحرمت عليه لأنها أمه وبانت منه، وكانت زوجة له فصارت زوجة لابن مطلقها فحرمت على الأول على التأبيد لكونها صارت من حلائل أبنائه ولو تزوجت امرأة صبياً فوجدت به عيباً ففسخت نكاحه ثم تزوجت كبيراً فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبي خمس رضعات حرمت على زوجها لأنها صارت من حلائل أبنائه. ولو زوج الرجل أم ولده أو أمته بصبي مملوك فأرضعته بلبن سيدها خمس رضعات انفسخ نكاحه وحرمت على سيدها على التأبيد لأنها صارت من حلائل أبنائه، فإن كان الصبي حراً لم يتصور هذا الفرع لم يصح نكاحه لأن من شرط جواز نكاح الحر الأمة خوف العنت ولا يوجد ذلك في الطفل فإن تزوج بها كان النكاح فاسداً وإن أرضعته لم تحرم على سيدها لأنه ليس بزوج في الحقيقة.

فصل: وإذا طلق الرجل زوجته ولها منه لبن فتزوجت آخر لم يخل من خمسة أحوال: **أحدها**: أن يبقى لبن الأول بحاله لم يزد ولم ينقص ولم تلد من الثاني فهو للأول سواء حملت من الثاني أو لم تحمل لا نعلم فيه خلافاً لأن اللبن كان للأول ولم يتجدد ما يجعله من الثاني فبقي للأول. **الثاني**: أن لا تحمل من الثاني فهو للأول سواء زاد أو لم يزد أو انقطع ثم عاد أو لم ينقطع. **الثالث**: أن تلد من الثاني فاللبن له خاصة. قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه وهو قول أبي حنيفة والشافعي سواء زاد أو لم يزد انقطع أو اتصل لأن لبن الأول ينقطع بالولادة من الثاني فإن حاجة المولود إلى اللبن تمنع كونه لغيره. **الحال الرابع**: أن يكون لبن الأول باقياً وزاد بالحمل من الثاني فاللبن منهما جميعاً في قول أصحابنا وقال أبو حنيفة هو للأول ما لم تلد من الثاني.

وقال الشافعي إن لم ينته الحمل إلى حال ينزل منه اللبن فهو للأول فإن بلغ إلى حال ينزل به اللبن فزاد به ففيه قولان أحدهما للأول والثاني هو لهما.

ولنا: إن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر في أنها منه وبقاء لبن الأول يقتضي كون أصله منه فيجب أن يضاف إليهما كما لو كان الولد منهما. **الحال الخامس**: انقطع من الأول ثم ثاب بالحمل من الثاني، فقال أبو بكر: هو منهما وهو أحد أقوال الشافعي إذا انتهى الحمل إلى حال ينزل به اللبن وذلك لأن اللبن كان للأول فلما عاد بحدوث الحمل فالظاهر أن لبن الأول ثاب بسبب الحمل الثاني فكان مضافاً إليهما كما لو لم ينقطع. واختار أبو الخطاب أنه من الثاني وهو القول الثاني للشافعي لأن لبن الأول انقطع فزال حكمه بانقطاعه وحدث بالحمل من الثاني

فكان له كما لو لم يكن لها لبن من الأول. وقال أبو حنيفة: هو للأول ما لم تلد من الثاني وهو القول الثالث للشافعي لأن الحمل لا يقتضي اللبن وإنما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته إليه والكلام عليه قد سبق.

مسألة: قال: (ولو تزوج كبيرة وصغيرة ولم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الصغيرة في الحولين حرمت عليه الكبيرة وثبت نكاح الصغيرة، وإن كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعاً ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة)

نص أحمد على هذا كله، في هذه المسألة فصول أربعة:

الأول: أنه التي تزوج كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها فسد نكاح الكبيرة في الحال وحرمت على التأبيد وبهذا قال الثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وقال الأوزاعي نكاح الكبيرة ثابت وتنزع منه الصغيرة وليس بصحيح فإن الكبيرة صارت من أمهات النساء فتحرم أبداً لقول الله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] ولم يشترط دخوله بها، فأما الصغيرة ففيها روايتان:

إحداهما: نكاحها ثابت لأنها ربيبة ولم يدخل بأمها فلا تحرم لقول الله سبحانه: ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]

والرواية الثانية: ينفسخ نكاحها وهو قول الشافعي وأبي حنيفة لأنهما صارتا أماً وبنتاً واجتمعتا في نكاحه والجمع بينهما محرم فانفسخ نكاحهما كما لو صارتا أختين وكما لو عقد عليهما بعد الرضاع عقداً واحداً.

ولنا: إنه أمكن إزالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيرة وهي أولى به لأن نكاحها محرم على التأبيد فلم يبطل نكاحهما به كما لو ابتدأ العقد على أخته وأجنبية، ولأن الجمع طرأ على نكاح الأم والبنت فاختص الفسخ بنكاح الأم كما لو أسلم وتحته امرأة وبنتها، وفارق الأختين لأنه ليست إحداهما أولى بالفسخ من الأخرى، وفارق ما لو ابتدأ العقد عليهما لأن الدوام أقوى من الابتداء.

الفصل الثاني: أنه إن كان دخل بالكبيرة حرمتا جميعاً على الأبد وانفسخ نكاحهما لأن الكبيرة صارت من أمهات النساء والصغيرة ربيبة قد دخل بأمها فتحرم تحريماً مؤبداً، وإن كان الرضاع بلبنه صارت الصغيرة بنتاً محرمة عليه لوجهين لكونها بنته وربيبته التي دخل بأمها.

الفصل الثالث: أن عليه نصف مهر الصغيرة لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها والفسخ إذا جاء من أجنبي كان كطلاق الزوج في وجوب الصداق عليه ولا مهر للكبيرة إن لم يكن دخل بها لأن فسخ نكاحها بسبب من جهتها فسقط صداقها كما لو ارتدت. وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً، وإن كان دخل بالكبيرة لم يسقط مهرها لأنه استقر بدخوله بها استقراراً لا يسقطه شيء ولذلك لا يسقط بردتها ولا بغيرها.

الفصل الرابع: أنه يرجع على الكبيرة بما لزمه من صداق الصغيرة؛ وبهذا قال الشافعي، وحكي عن بعض أصحابه أنه يرجع بجميع صداقها لأنها أتلفت البضع فوجب ضمانه، وقال أصحاب الرأي إن كانت المرضعة أرادت الفساد رجع عليها نصف الصداق وإلا فلا يرجع بالنصف بشيء، وقال مالك: لا يرجع بشيء.

ولنا: على أنه يرْجع عليها أنها قررته عليه وألزمته إياه وأتلفت عليه ما في مقابلته فوجب عليه الضمان كما لو أتلفت عليه المبيع.

ولنا على أبي حنيفة: أن ما ضمن في العمد ضمن في الخطأ كالمال، ولأنها أفسدت نكاحه وقررت عليه نصف الصداق فلزمها ضمانه كما لو قصدت الإفساد.

ولنا: على أن الزوج إنما يرجع بالنصف: أن الزوج لم يغرم إلا بالنصف فلم يجب له أكثر مما غرم ولأنه بالفسخ يرجع إليه بدل النصف الآخر فلم يجب له بدل ما أخذ بدله مرة أخرى ولأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له. وإنما ضمنت المرضعة ها هنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضاً للسقوط بسبب يوجد من الزوجة فلم يرجع ها هنا بأكثر مما ألزمته.

فصل: والواجب نصف المسمى لا نصف مهر المثل لأنه إنما يرجع بما غرم والذي غرم نصف ما فرض لها فرجع به، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي يرجع بنصف مهر المثل لأنه ضمان متلف. فكان الاعتبار بقيمته دون ما ملكه به كسائر الأعيان.

ولنا: إن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له بدليل ما لو قتلت نفسها أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ نكاحها بإرضاعه فإنها لا تغرم له شيئاً وإنما الرجوع ها هنا بما غرم فلا يرجع بغيره، ولأنه لو رجع بقيمة المتلف لرجع بمهر المثل كله ولم يختص بنصفه لأن التلف لم يختص بالنصف ولأن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا لزمهم نصف المسمى كذا ها هنا.

فصل: وكل امرأة تحرم ابنتها إذا أرضعت زوجته الصغيرة أفسدت نكاحه وحرمتها عليه ولزمها نصف الصداق، فإن أرضعتها أمه صارت أخته، وإن أرضعتها جدته صارت عمته أو خالته، وإن أرضعتها أخته صارت بنت أخته، وكل امرأة تحرم بنت زوجها إذا أرضعتها بلبن زوجها حرمتها عليه وعليها نصف مهرها كامرأة ابنه وامرأة أبيه وامرأة أخيه وامرأة جده لأنها إن أرضعتها امرأة أبيه بلبنه صارت أخته، وإن أرضعتها امرأة ابنه صارت بنت ابنه، وإن أرضعتها امرأة أخيه صارت بنت أخيه، وإن أرضعتها امرأة جده بلبنه صارت عمته أو خالته، وإن أرضعتها امرأة أحد هؤلاء بلبن غيره لم تحرم عليه لأنها صارت ربيبة زوجها، وإن أرضعتها من لا تحرم بنتها كعمته وخالته لم تحرمها عليه، ولو تزوج ابنة عمه فأرضعت جدتها أحدهما صغيراً انفسخ النكاح لأنها إن أرضعت الزوج صار عم زوجته، وإن أرضعت الزوجة صارت عمة، وإن أرضعتهما جميعاً صار كل واحد منهما عم الآخر، وإن تزوج بنت عمته فأرضعت جدتهما أحدهما صغيراً انفسخ النكاح. لأنها إن أرضعت الزوج صار خالاً لها، وإن أرضعت الزوجة صارت عمته، وإن تزوج ابنة خاله فأرضعت جدتها الزوج صار عم زوجته، وإن أرضعتها

صارت خالته، وإن تزوج ابنة خالته فأرضعت الزوج صار خال زوجته، وإن أرضعتها صارت خالة زوجها.

فصل: وإن تزوج كبيرة ثم طلقها فأرضعت صغيرة بلبنه صارت بنتاً له، وإن أرضعتها بلبن غيره صارت ربيبة، فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة على التأبيد، وإن كان لم يدخل بها لم تحرم لأنها ربيبة لم يدخل بأمها، وإن تزوج صغيرة فأرضعتها امرأة حرمت المرضعة على التأبيد لأنها من أمهات نسائه، وإن تزوج كبيرة وصغيرة ثم طلق الصغيرة فأرضعتها الكبيرة حرمت الكبيرة وانفسخ نكاحها، وإن كان لم يدخل بها فلا مهر لها وله نكاح الصغيرة، وإن كان دخل بها فلها مهرها وتحرم هي والصغيرة على التأبيد، وإن طلق الكبيرة وحدها قبل الرضاع فأرضعت الصغيرة ولم يكن دخل بالكبيرة ثبت نكاح الصغيرة وإن كان دخل بها حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ويرجع على الكبيرة بنصف صداقها، وإن طلقها جميعاً فالحكم في التحريم على ما مضى، ولو تزوج رجل كبيرة وآخر صغيرة ثم طلقاهما ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة حرمت عليهما الكبيرة وانفسخ نكاحها، وإن كان زوج الصغيرة دخل بالكبيرة حرمت عليه وانفسخ نكاحها وإلا فلا.

فصل: وإن أرضعت بنت الكبيرة الصغيرة فالحكم في التحريم والفسخ حكم ما لو أرضعتها الكبيرة لأنها صارت جدتها، والرجوع بالصداق على المرضعة التي أفسدت النكاح، وإن أرضعتها أم الكبيرة انفسخ نكاحهما معاً لأنهما صارتا أختين فإن كان لم يدخل بالكبيرة فله أن ينكح من شاء منهما ويرجع على المرضعة بنصف صداقهما، وإن كان قد دخل بالكبيرة فله نكاحها، لأن الصغيرة لا عدة عليها وليس له نكاح الصغيرة حتى تنقضي عدة الكبيرة لأنها قد صارت أختها فلا ينكحها في عدتها وكذلك الحكم إن أرضعتها جدة الكبيرة لأنها تصير عمة الكبيرة أو خالتها والجمع بينهما محرم، وكذلك الحكم إن أرضعتها أختها أو زوجة أخيها بلبنه لأنها صارت بنت أخت الكبيرة أو بنت أخيه، وكذلك إن أرضعتها بنت أخيها أو بنت أختها، ولا يحرم في شيء من هذا واحدة منهن على التأبيد لأنه تحريم جمع إلا إذا أرضعتها بنت الكبيرة وقد دخل بأمها.

فصل: ومن أفسد نكاح امرأة بالرضاع قبل الدخول غرم نصف صداقها، وإن كان بعد الدخول ينص أحمد عن أنه يرجع عليه بالمهر كله، وهو مذهب الشافعي لأن المرأة تستحق المهر كله على زوجها فترجع بما لزمه كنصف المهر في الدخول بها، والصحيح إن شاء الله تعالى أنه لا يرجع على المرضعة بعد الدخول بشيء لأنها لم تقرر على الزوج شيئاً ولم تلزمه إياه فلم يرجع عليها بشيء كما لو أفسدت نكاح نفسها، ولأنه لو ملك الرجوع بالصداق بعد الدخول لسقط إذا كانت المرأة هي المفسدة للنكاح كالنصف قبل الدخول، ولأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما ذكرناه فيما مضى، ولذلك لا يجب مهر المثل، وإنما رجع الزوج بنصف المسمى قبل الدخول لأنها قررته عليه ولذلك يسقط إذا كانت هي المفسدة نكاحها ولم يوجد ذلك ها هنا، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، ولأنه لو رجع بالمهر بعد الدخول لم يخل إما

أن يكون رجوعه ببدل البضع الذي فوتته أو بالمهر الذي أداه، لا يجوز أن يكون ببدل البضع لأنه لو وجب بدله لوجب له على الزوجة إذا فات بفعلها أو بقتلها ولكان الواجب لها مهر مثلها، ولا يجوز أن يجب له بدل ما أداه إليها لذلك، ولأنها ما أوجبته ولا لها أثر في إيجابه ولا أدائه وتقريره، ولا نعلم بينهم خلافاً في أنها إذا أفسدت نكاح نفسها بعد الدخول أنه لا يسقط مهرها ولا يرجع عليها بشيء إن أداه إليها ولا في أنها إذا أفسدته قبل الدخول أنه يسقط صداقها وأنه يرجع عليها بما أعطاها، فلو دبت صغيرة إلى كبيرة فارتضعت منها خمس رضعات وهي نائمة وهما زوجتا رجل انفسخ نكاح الكبيرة وحرمت على التأبيد، فإن كان دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها. ولا مهر للصغيرة لأنها فسخت نكاح نفسها وعليه مهر الكبيرة يرجع به على الصغيرة عند أصحابنا، ولا يرجع به على ما اخترناه، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فعليه نصف صداقها يرجع به على مال الصغيرة لأنها فسخت نكاحها، وإن ارتضعت الصغيرة منها رضعتين وهي نائمة ثم انتبهت الكبيرة فأتمت لها ثلاث رضعات فقد حصل الفساد بفعلهما، فيتقسط الواجب عليهما، وعليه مهر الكبيرة وثلاثة أعشار مهر الصغيرة يرجع به على الكبيرة، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فعليه خمس مهرها يرجع به على الصغيرة، وهل ينفسخ نكاح الصغيرة؟ على روايتين.

فصل: وإن أفسد النكاح جماعة تسقط المهر عليهم فلو جاء خمس فسقين زوجة صغيرة من لبن أم الزوج خمس مرات انفسخ نكاحها ولزمهن نصف مهرها بينهن فإن سقتها واحدة شربتين وأخرى ثلاثاً فعلى الأولى الخمس وعلى الثانية خمس وعشر، وإن سقتها واحدة شربتين وسقاها ثلاث ثلاث شربات فعلى الأولى الخمس وعلى كل واحدة من الثلاث عشر، وإن كان له ثلاث نسوة كبار وواحدة صغيرة فأرضعت كل واحدة من الثلاث الصغيرة أربع رضعات ثم حلبن في إناء وسقينه الصغيرة حرم الكبار وانفسخ نكاحهن فإن لم يكن دخل بهن فنكاح الصغيرة ثابت على إحدى الروايتين وعليه لكل واحدة منهن ثلث صداقها ترجع به على ضرتيها لأن فساد نكاحها حصل بفعلها وفعلهما فسقط ما قابل فعلها وهو سدس الصداق وبقي عليه الثلث، فرجع به على ضرتيها فإن كان صداقهن متساوياً سقط ولم يجب شيء لأنه يتقاص مالها على الزوج بما يرجع به عليها إذ لا فائدة في أن يجب لها عليه ما يرجع به عليها، وإن كان مختلفاً وهو من جنس واحد تقاصا منه بقدر أقلهما ووجبت الفضلة به لصاحبها وإن كان من أجناس ثبت التراجع على ما ذكرنا، وإن كان قد دخل بإحدى الكبار حرمت الصغيرة أيضاً وانفسخ نكاحها ووجب لها نصف صداقها ترجع به عليهن أثلاثاً للتي دخل بها المهر كاملاً وفي الرجوع به ما أسلفناه من الخلاف، وإن حلبن في إناء فسقته إحداهن الصغيرة خمس مرات كان صداق ضراتها يرجع به عليها إن كان قبل الدخول بهن لأنها أفسدت نكاحهن ويسقط مهرها إن لم يكن دخل بها وإن كان دخل بها فلها مهرها ولا ترجع به على أحد وإن كانت كل واحدة من الكبار أرضعت الصغيرة خمس رضعات حرم الثلاث فإن كان لم يدخل بهن فلا مهر لهن عليه وإن كان دخل بهن فعليه لكل واحدة مهرها لا يرجع به على أحد وتحرم الصغيرة ويرجع

بما لزمه من صداقها على المرضعة الأولى لأنها التي حرمتها عليه وفسخت نكاحها، ولو أرضع الثلاث الصغيرة بلبن الزوج فأرضعتها كل واحدة رضعتين صارت بنتاً لزوجها في الصحيح وينفسخ نكاحها ويرجع بنصف صداقها عليهن على المرضعتين الأوليين منه أربعة أخماسه وعلى الثالثة خمسة لأن رضعتها الأولى حصل بها التحريم لكمال الخمس بها والثانية لا أثر لها في التحريم فلم يجب عليها بها شيء ولا ينفسخ نكاح الأكابر لأنهن لم يصرن أمهات لها، ولو كان لامرأته الكبيرة خمس بنات لهن لبن فأرضعن امرأته الصغيرة رضاعاً تصير به إحداهن أماً لها لحرمت أمها وانفسخ نكاحها وهل ينفسخ نكاح الصغيرة؟ على روايتين، وإن أرضعت كل واحدة منهن الصغيرة رضعة فالصحيح أن الكبيرة لا تحرم بهذا لأن كونها جدة يبنى على كون ابنتها أماً وما صارت واحدة من بناتها أماً ويحتمل أن تحرم لأنه قد كمل لها من بناتها خمس رضعات وكذلك الحكم لو أرضعتها بنتها رضعة وبنت ابنها رضعة وبنات بناتها ثلاث رضعات، ولو كمل لها من زوجته بلبنه ومن أمه وأخته وابنته وابنة ابنه خمس رضعات فعلى الوجهين أصحهما: لا يثبت تحريمها وفي الآخر يثبت، فعلى هذا الوجه ينفسخ نكاحها ويرجع عليهن بما غرم من صداقها على قدر رضاعهن، فإن قيل فلم لا يرجع عليهن على عدد رؤوسهن لكون الرضاع مفسداً فيستوي قليله وكثيره كما لو طرح النجاسة جماعة في مائع في حالة واحدة؟ قلنا: لأن التحريم يتعلق بعدد الرضعات فكان الضمان متعلقاً بالعدد بخلاف النجاسة فإن التنجيس لا يتعلق بقدر فيستوي قليله وكثيره ليكون القليل والكثير سواء في الإفساد فنظير ذلك أن يشرب في الرضعة من إحداهما أكثر مما يشرب من الأخرى.

فصل: إذا كانت له زوجة أمة فأرضعت امرأته الصغيرة فحرمتها عليه وفسخت نكاحها كان ما لزمه من صداق الصغيرة له في رقبة الأمة لأن ذلك من جنايتها، وإن أرضعتها أم ولده أفسدت نكاحها وحرمتها عليه لأنها ربيبة دخل بأمها وتحرم أم الولد عليه أبداً لأنها من أمهات نسائه ولا غرامة عليها لأنها أفسدت على سيدها، فإن كان قد كاتبها رجع عليها لأن المكاتبة يلزمها أرش جنايتها وإن أرضعت أم ولده امرأة ابنه بلبنه فسخت نكاحها وحرمتها عليه لأنها صارت أخته، وإن أرضعت زوجة أبيه بلبنه حرمتها عليه لأنها صارت بنت ابنه ويرجع الأب على ابنه بأقل الأمرين مما غرمه لزوجته أو قيمتها لأن ذلك من جناية أم ولده، وإن أرضعت واحدة منهما بغير لبن سيدها لم تحرمها لأن كل واحدة منهما صارت بنت أم ولده.

مسألة: قال: **(ولو تزوج بكبيرة وصغيرتين فأرضعت الكبيرة الصغيرتين حرمت عليه الكبيرة وانفسخ نكاح الصغيرتين ولا مهر عليه للكبيرة ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين وله أن ينكح من شاء منهما)**

أما تحريم الكبيرة فلأنها صارت من أمهات النساء، وأما انفساخ نكاح الصغيرتين فلأنهما صارتا أختين واجتمعتا في الزوجية فينفسخ نكاحهما كما لو أرضعتا معاً ولا مهر للكبيرة لأن الفساد جاء من قبلها ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين لأنها أفسدت نكاحهما وله أن

ينكح من شاء منهما لأن انفساخ نكاحهما للجمع ولا يوجب تحريماً مؤبداً، وهذا على الرواية التي قلنا إنها إذا أرضعت الصغيرة اختص الفسخ بالكبيرة، فأما على الرواية التي تقول ينفسخ نكاحهما معاً فإنه يثبت نكاح الأخيرة من الصغيرتين لأن الكبيرة لما أرضعت الأولى انفسخ نكاحهما ثم أرضعت الأخرى فلم تجتمع معهما في النكاح فلم ينفسخ نكاحها، فأما إن كان دخل بالكبيرة حرمت وحرمت الصغيرتان على التأبيد لأنهما ربيبتان قد دخل بأمهما.

فصل: فإن أرضعت الصغيرتين أجنبية انفسخ نكاحهما أيضاً وهذا قول أبي حنيفة والمزني وأحد قولي الشافعي، وقال في الآخر ينفسخ نكاح الآخرة وحدها لأن سبب البطلان حصل بها وهو الجمع فأشبه ما لو تزوج إحدى الأختين بعد الأخرى.

ولنا: إنه جامع بين الأختين في النكاح فانفسخ نكاحهما كما لو أرضعتهما معاً وفارق ما لو عقد على واحدة بعد الأخرى فإن عقد الثانية لم يصح فلم يصر به جامعاً بينهما وها هنا حصل الجمع برضاع الثانية ولا يمكن القول بأنه لم يصح فحصلتا معاً في نكاحه وهما أختان لا محالة.

فصل: وإن أرضعتهما بنت الكبيرة فالحكم في الفسخ كما لو أرضعته الكبيرة نفسها لأن الكبيرة تصير جدة لهما ولكن الرجوع يكون على المرضعة المفسدة لنكاحهن.

مسألة: قال: (وإن كن الأصاغر ثلاثاً فأرضعتهن منفردات حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح المرضعتين أولاً وثبت نكاح آخرهن رضاعاً فإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معاً حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح الأصاغر وتزوج من شاء من الأصاغر وإن كان دخل بالكبيرة حرم الكل عليه على الأبد)

إنما حرمت الكبيرة لأنها صارت من أمهات النساء وانفسخ نكاح المرضعتين أولاً لأنهما صارتا أختين في نكاحه وثبت نكاح الأخيرة لأن رضاعها بعد انفساخ نكاح الصغيرتين اللتين قبلها فلم يصادف إخوتها جميعاً في النكاح، وإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معاً بأن تلقم كل واحدة منهما ثدياً فيمتصان معاً أو تحلب من لبنها في إناء فتسقيهما انفسخ نكاح الجميع لأنهن صرن أخوات في نكاحه وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر لأن تحريمهن تحريم جمع لا تحريم تأبيد، فإنهن ربائب لم يدخل بأمهن، وإن دخل بالكبيرة حرم الكل على الأبد لأنهن ربائب مدخول بأمهن، هذا على الرواية الأولى وعلى الأخرى لما أرضعت الأولى انفسخ نكاحها ونكاح الكبيرة لأنها صارت أمها واجتمعتا في نكاحه ثم ارتضعت الثانية فلم ينفسخ نكاحها لأنها منفردة بالرضاع في النكاح فلما أرضعت الثالثة صارتا أختين فانفسخ نكاحهما.

فصل: فإن أرضعتهن بنت الكبيرة فهو كما لو أرضعتهن أمها ولو كان لها ثلاث بنات فأرضعت كل واحدة منهن زوجة من الأصاغر حرمت الكبيرة بإرضاع أولاهن ويرجع على مرضعتها بما لزمه من مهرها لأنها أفسدت نكاحها ولا ينفسخ نكاح الأصاغر لأنهن لم يصرن أخوات وإنما هن بنات خالات. وعلى الرواية الأخرى ينفسخ نكاح المرضعة الأولى لاجتماعها

مع جدتها في النكاح ويثبت نكاح الأخيرتين ويرجع بما لزمه من مهر التي فسد نكاحها على التي أرضعتها وإن كان دخل بالكبيرة حرم الكل عليه على الأبد ورجع على كل واحدة بما لزمه من مهر التي أرضعتها وإن قلنا إنه يرجع بمهر الكبيرة رجع به على المرضعة الأولى لأنها التي أفسدت نكاحها.

مسألة: قال: **(وإن شهدت امرأة واحدة على الرضاع حرم النكاح إذا كانت مرضية وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى: إن كانت مرضية استحلفت فإن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها وذهب في ذلك إلى قول ابن عباس رضي الله عنهما)**

وجملة ذلك أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع إذا كانت مرضية، وبهذا قال طاوس والزهري والأوزاعي وابن أبي ذئب وسعيد بن عبد العزيز، وعن أحمد رواية أخرى لا يقبل إلا شهادة امرأتين وهو قول الحكم لأن الرجال أولى من النساء ولا يقبل إلا شهادة رجلين فالنساء أولى وعن أحمد رواية ثالثة أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة وتستحلف مع شهادتها وهو قول ابن عباس وإسحاق لأن ابن عباس قال في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلاً وأهله فقال: «إن كانت مرضية استحلفت وفارق امرأته، وقال إن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها» يعني يصيبها فيها برص عقوبة على كذبها. وهذا لا يقتضيه قياس ولا يهتدي إليه رأي فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفاً. وقال عطاء وقتادة والشافعي لا يقبل من النساء أقل من أربع لأن كل امرأتين كرجل. وقال أصحاب الرأي لا يقبل فيه إلا رجلان أو رجل وامرأتان وروي ذلك عن عمر لقول الله تعالى ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]

ولنا: ما روى عقبة بن الحارث قال: تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال: «وكيف وقد زعمت ذلك؟» متفق عليه وفي لفظ رواه النسائي قال: «فأتيته من قبل وجهه فقلت: إنها كاذبة قال: كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما؟ خل سبيلها» وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة.

وقال الزهري: فرق بين أهل أبيات في زمن عثمان رضي الله عنه بشهادة امرأة في الرضاع. وقال الأوزاعي: فرق عثمان بين أربعة وبين نسائهم بشهادة امرأة في الرضاع. وقال الشعبي: كانت القضاة تفرق بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة في الرضاع. ولأن هذا شهادة على عورة فقبل فيها شهادة النساء المنفردات كالولادة. وعلى الشافعي بأنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات فقبل فيه شهادة المرأة المنفردة كالخبر.

فصل: ويقبل فيه شهادة المرضعة على فعل نفسها لما ذكرنا من حديث عقبة من أن الأمة السوداء قالت قد أرضعتكما فقبل النبي ﷺ شهادتها ولأنه فعل لا يحصل لها به نفع مقصود ولا تدفع عنها به ضرراً فقبلت شهادتها به كفعل غيرها. فإن قيل: فإنها تستبيح الخلوة به والسفر

معه وتصير محرماً له قلنا ليس هذا من الأمور المقصودة التي ترد بها الشهادة، ألا ترى أن رجلين لو شهدا أن فلاناً طلق زوجته وأعتق أمته قبل شهادتهما وإن كان يحل لهما نكاحهما بذلك.

فصل: ولا تقبل الشهادة على الرضاع إلا مفسرة فلو قالت أشهد أن هذا ابن هذه من الرضاع لا تقبل لأن الرضاع المحرم يختلف الناس فيه، منهم من يحرم بالقليل ومنهم من يحرم بعد الحولين فلزم الشاهد تبيين كيفيته ليحكم الحاكم فيه باجتهاده فيحتاج الشاهد أن يشهد أن هذا ارتضع من ثدي هذه خمس رضعات متفرقات خلص اللبن فيهن إلى جوفه في الحولين. فإن قيل: خلوص اللبن إلى جوفه لا طريق له إلى مشاهدته، فكيف تجوز الشهادة؟ قلنا إذا علم أن هذه المرأة ذات لبن ورأى الصبي قد التقم ثديها وحرك فمه في الامتصاص وحلقه في الاجتراع حصل ظن يقرب إلى اليقين أن اللبن قد وصل إلى جوفه، وما يتعذر الوقوف عليه بالمشاهدة اكتفى فيه بالظاهرة كالشهادة بالملك وثبوت الدين في الذمة والشهادة على النسب بالاستفاضة.

ولو قال الشاهد: ادخل رأسه تحت ثيابها والتقم ثديها لا يقبل لأنه قد يدخل رأسه ولا يأخذ الثدي وقد يأخذ الثدي ولا يمص فلا بد من ذكر ما يدل عليه. وإن قال أشهد أن هذه أرضعت هذا فالظاهر أنه يكتفى في ثبوت أصل الرضاع لأن المرأة التي قالت قد أرضعتكما اكتفي بقولها.

مسألة: قال: (وإذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول هي أختي من الرضاعة انفسخ النكاح فإن صدقته المرأة فلا مهر لها وإن كذبته فلها نصف المهر)

وجملته أن الزوج إذا أقر أن زوجته من الرضاعة انفسخ نكاحه ويفرق بينهما، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال وهمت أو أخطأت قبل قوله لأن قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح ولو جحد النكاح ثم أقر به قبل كذلك ها هنا.

ولنا: إنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه كما لو أقر بالطلاق ثم رجع أو أقر أن أمته أخته من النسب، وما قاسوا عليه غير مسلم وهذا الكلام في الحكم فأما فيما بينه وبين ربه فينبني ذلك على علمه بصدقه فإن علم أن الأمر كما قال فهي محرمة عليه ولا نكاح بينهما، وإن علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله وقوله، كذب لا يحرمها عليه لأن المحرم حقيقة الرضاع لا القول وإن شك في ذلك لم تزل عن اليقين بالشك وقيل في حلها له إذا علم كذب نفسه روايتان والصحيح ما قلناه لأن قوله ذلك إذا كان كذباً لم يثبت التحريم كما لو قال لها وهي أكبر منه هي ابنتي من الرضاعة. إذا ثبت هذا فإنه إن كان قبل الدخول وصدقته المرأة فلا شيء لها لأنهما اتفقا على نكاح فاسد من أصله لا يستحق فيه مهر. فأشبه ما لو ثبت ذلك ببينة وإن أكذبته فالقول قولها لأن قوله غير مقبول عليها في إسقاط حقوقها فلزمه إقراره فيما هو حق له وهو تحريمها عليه وفسخ نكاحه ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر.

فصل: فإن قال: هي عمتي أو خالتي أو ابنة أخي أو أختي أو أمي من الرضاع وأمكن صدقه فالحكم فيه كما لو قال هي أختي وإن لم يمكن صدقه مثل أن يقول لأصغر منه أو لمثله: هي أمي، أو لأكبر منه أو لمثله: هذه ابنتي لم تحرم عليه. وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد تحرم عليه لأنه إقرار بما يحرمها عليه فوجب أن يقبل كما لو أمكن.

ولنا: إنه أقر بما تحقق كذبه فيه فأشبه ما لو قال أرضعتني وإياها حواء أو كما لو قال هذه لحواء. وما ذكروه منتقض بهذه الصور ويفارق ما إذا أمكن فإنه لا يتحقق كذبه والحكم في الإقرار بقرابة من النسب تحرمها عليه كالحكم في الإقرار بالرضاع لأنه في معناه.

فصل: إذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته فشهدت بذلك أمه أو ابنته لم تقبل شهادتها لأن شهادة الوالدة لولدها والوالد لولده غير مقبولة، وإن شهدت بذلك أمها أو ابنتها قبلت، وعنه لا يقبل بناء على شهادة الوالد على ولده والوالد على والده، وفي ذلك روايتان. وإن ادعت ذلك المرأة وأنكره الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها لم تقبل وإن شهدت لها أم الزوج أو ابنته فعلى روايتين.

مسألة: قال: (وإن كانت المرأة هي التي قالت هو أخي من الرضاعة فأكذبها فلم تأت بالبينة على ما وصفت فهي زوجته في الحكم)

وجملته أن المرأة إذا أقرت أن زوجها أخوها من الرضاعة فأكذبها لم يقبل قولها في فسخ النكاح لأنه حق عليها، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها لأنها تقر بأنها لا تستحقه، فإن كانت قد قبضته لم يكن للزوج أخذه منها لأنه يقر بأنه حق لها، وإن كان بعد الدخول فأقرت أنها كانت عالمة بأنها أخته وبتحريمها عليه ومطاوعة له في الوطء فلا مهر لها أيضاً لإقرارها بأنها زانية مطاوعة. وإن أنكرت شيئاً من ذلك فلها المهر لأنه وطء بشبهة وهي زوجته في ظاهر الحكم لأن قولها عليه غير مقبول. فأما فيما بينها وبين الله تعالى فإن علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته وتمكينه من وطئها وعليها أن تفر منه وتفتدي نفسها بما أمكنها لأن وطأه لها زنا فعليها التخلص منه مهما أمكنها كما قلنا في التي علمت أن زوجها طلقها ثلاثاً وجحدها ذلك، وينبغي أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل لأنه إن كان المسمى أقل فلا يقبل قولها في وجوب زائد عليه وإن كان الأقل مهر المثل لم تستحق أكثر منه لاعترافها بأن استحقاقها له بوطئها لا بالعقد فلا تستحق أكثر منه، وإن كان إقرارها بأخوته قبل النكاح لم يجز لها نكاحه. ولا يقبل رجوعها عن إقرارها في ظاهر الحكم لأن إقرارها لم يصادف زوجية عليها يبطلها فقبل إقرارها على نفسها بتحريمه عليها وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاع أو محرمة عليه برضاع أو غيره وأمكن صدقه لم يحل له تزويجها فيما بعد ذلك في ظاهر الحكم وأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على علمه بحقيقة الحال على ما ذكرناه.

فصل: وإن ادعى أحد الزوجين على الآخر أنه أقر أخو صاحبه من الرضاع فأنكر لم يقبل في ذلك شهادة النساء المنفردات لأنها شهادة على الإقرار والإقرار مما يطلع عليه الرجال فلم يحتج فيه إلى شهادة النساء المنفردات فلم يقبل ذلك بخلاف الرضاع نفسه.

فصل: كره أبو عبد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات، وقال عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما: اللبن يشتبه فلا تستق من يهودية ولا نصرانية ولا زانية ولا يقبل أهل الذمة المسلمة ولا يرى شعورهن، ولأن لبن الفاجرة ربما أفضى إلى شبه المرضعة في الفجور ويجعلها أماً لولده فيتغير بها ويتضرر طبعاً وتعيراً، والارتضاع من المشركة يجعلها أماً لها حرمة الأم مع شركها وربما مال إليها في محبة دينها ويكره الارتضاع بلبن الحمقاء كي لا يشبهها الولد في الحمق فإنه يقال إن الرضاع يغير الطباع. والله تعالى أعلم.

كتاب النفقات

نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع. أمـا الكتاب فقـول الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَـةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُـدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُـهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَـاهُ آللَّهُ لاَ يُكَلِّفُ آللَّهُ نَفْساً إِلاَّ مَـا آتَاهَـا﴾ [الطلاق: ٧] ومعنى قدر عليـه أي ضيق عليه ومنـه قولـه سبحانـه: ﴿يبْسُطُ آلرِّزْقَ لِمَنْ يَشَـاءُ وَيَقْدِرُ﴾ [الرعد: ٢٦] أي يوسع على من يشاء ويضيق على من يشاء وقال الله تعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠]

وأما السنة فـما روى جابـر أن رسول الله ﷺ خـطب الناس فقـال: «اتقوا الله في النسـاء فـإنهن عوان عنـدكم أخذتمـوهن بأمـانة الله واستحللتم فـروجهن بكلمـة ولهن عليكن رزقهن وكسـوتهن بالمعـروف» رواه مسلم وأبو داود، ورواه الـترمذي بـإسناده عن عمـرو بن الأحوص قال: «ألا إن لكم على نسائكم حقاً ولنسائكم عليكم حقاً فأما حقكم عـلى نسائكم فـلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن في بيـوتكم لمن تكرهـون. ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن» وقال هذا حديث حسن صحيح. وجاءت هند إلى رسـول الله ﷺ فقالت: «يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعـطيني من النفقة مـا يكفيني وولدي. فقـال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» متفق عليه. وفيه دلالـة على وجـوب النفقة لهـا على زوجهـا وأن ذلك مقدر بكفايتها وأن نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم وأن ذلك بالمعروف، وأن لهـا أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه.

وأمـا الإجماع فـاتفق أهل العلم عـلى وجوب نفقـات الزوجـات على أزواجهن إذا كـانوا بالغين إلا الناشز منهن. ذكره ابن المنذر وغيره، وفيه ضرب من العبرة وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد من أن ينفق عليها كالعبد مع سيده.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله تعالى: (وعلى الزوج نفقة زوجته ما لا غنـاء بها عنه وكسوتها)

وجملة الأمر: أن المرأة إذا اسلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن. قال أصحابنا ونفقتها معتبرة بحال الزوجين جميعاً فإن كانا موسرين فلها عليه نفقة الموسرين، وإن كانا معسرين فعليه نفقة المعسرين، وإن كانا متوسطين فلها عليه نفقة المتوسطين، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فعليه نفقة المتوسطين أيهما كان الموسر. وقال أبو حنيفة ومالك يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها لقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] والمعروف الكفاية، ولأنه سوى بين النفقة والكسوة، والكسوة على قدر حالها فكذلك النفقة، وقال النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فاعتبر كفايتها دون حال زوجها، ولأن نفقتها واجبة لدفع حاجتها فكان الاعتبار بما تندفع به حاجتها دون حال من وجبت عليه كنفقة المماليك، ولأنه واجب للمرأة على زوجها بحكم الزوجية لم يقدر فكان معتبراً بها كمهرها وكسوتها وقال الشافعي الاعتبار بحال الزوج وحده لقول الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا﴾ [الطلاق: ٧].

ولنا: إن فيما ذكرناه جمعاً بين الدليلين وعملاً بكلا النصين ورعاية لكلا الجانبين فيكون أولى.

فصل: والنفقة مقدرة بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها. وبهذا قال أبو حنيفة ومالك، وقال القاضي: هي مقدرة بمقدار لا يختلف في القلة والكثرة، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتباراً بالكفارات، وإنما يختلفان في صفته وجودته لأن الموسر والمعسر سواء في قدر المأكول وفيم تقوم به البينة وإنما يختلفان في جودته فكذلك النفقة الواجبة. وقال الشافعي نفقة المقتر مد بمد النبي ﷺ لأن أقل ما يدفع في الكفارة إلى الواحد مد والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الأهل فقال سبحانه: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] وعلى الموسر مدان لأن أكثر ما أوجب الله سبحانه للواحد مدين في كفارة الأذى. وعلى المتوسط مد ونصف، ونصف نفقة الموسر ونصف نفقة الفقير.

ولنا: قول النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير ورد الاجتهاد في ذلك إليها. ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر في المدين بحيث لا يزيد عنهما ولا ينقص، ولأن الله تعالى قال: ﴿وَعَلَى ٱلمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقال النبي ﷺ: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وإيجاب أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف وإيجاب قدر الكفاية وإن كان أقل من مد أو من رطلي خبز اتفاق بالمعروف فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة. واعتبار النفقة بالكفارة في القدر لا يصح لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار ولا هي مقدرة بالكفارة وإنما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر ولهذا لا يجب فيها الأدم.

فصل: ولا يجب فيها الحب، وقال الشافعي الواجب فيها الحب اعتباراً بالإطعام في الكفارة حتى لو دفع إليها دقيقاً أو سويقاً أو خبزاً لم يلزمها قبوله كما لا يلزم ذلك المسكين في

الكفارة. قال بعضهم يجيء على قول أصحابنا: إنه لا يجوز وإن تراضيا لأنه بيع حنطة بجنسهم متفاضلاً.

ولنا: قول ابن عباس في قوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] قال الخبز والزيت وعن ابن عمر: الخبز والسمن، والخبز والزيت والخبز والتمر ومن أفضل ما تطعمونهن الخبز واللحم. ففسر إطعام الأهل بالخبز مع غيره من الأدم، ولأن الشرع ورد بالإنفاق مطلقاً من غير تقييد ولا تقدير فوجب أن يرد إلى العرف كما في القبض والإحراز وأهل العرف إنما يتعارفون فيما بينهم في الإنفاق على أهليهم الخبز والأدم دون الحب، والنبي ﷺ وصحابته إنما كانوا ينفقون ذلك دون ما ذكروه فكان ذلك هو الواجب ولأنها نفقة قدرها الشرع بالكفاية فكان الواجب الخبز كنفقة العبد، ولأن الحب تحتاج فيه إلى طحنه وخبزه فمتى احتاجت إلى تكلف ذلك من مالها لم تحصل الكفاية بنفقته، وفارق الإطعام هم الكفارة لأنها لا تقدر بالكفاية ولا يجب فيها الأدم. فعلى هذا لو طلبت مكان الخبز دراهم أو حباً أو دقيقاً أو غير ذلك لم يلزمه بذله ولو عرض عليها بدل الواجب لها لم يلزمها قبوله لأنها معاوضة فلا يجبر واحد منهما على قبوله كالبيع. وإن تراضيا على ذلك جاز. لأنه طعام وجب في الذمة لآدمي معين فجازت المعاوضة عنه كالطعام في القرض. ويفارق الطعام في الكفارة لأنه حق الله تعالى، وليس هو لآدمي معين فيرضى بالعوض عنه. وإن أعطاها مكان الخبز حباً أو دقيقاً جاز إذا تراضيا عليه لأن هذا ليس بمعاوضة حقيقة فإن الشارع لم يعتبر الواجب بأكثر من الكفاية، فبأي شيء حصلت الكفاية كان ذلك هو الواجب، وإنما صرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف لترجحه بكونه القوت المعتاد.

فصل: ويرجع في تقدير الواجب إلى اجتهاد الحاكم أو نائبه إن لم يتراضيا على شيء فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والأدم فيفرض للموسرة تحت قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذي يأكله أمثالها وللمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد وللمتوسطة تحت المتوسطة من أوسطه لكل أحد على حسب حاله على ما جرت به العادة في حق أمثاله وكذلك الأدم للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع الأدم من اللحم والأرز واللبن وما يطبخ به اللحم والدهن على اختلاف أنواعه في بلدانه السمن في موضع والزيت في آخر والشيرج في آخر وللمعسرة تحت المعسر من الأدم أدونه كالباقلا والخل والبقل والكامخ وما جرت به عادة أمثالهم وما يحتاج إليه من الدهن وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك من الخبز والأدم كل على حسب عادته، وقال الشافعي الواجب من جنس قوت البلدة لا يختلف باليسار والإعسار سوى المقدار والأدم هو الدهن خاصة لأنه أصلح للأبدان وأجود في المؤنة لأنه لا يحتاج إلى طبخ وكلفة ويعتبر الأدم بغالب عادة أهل البلد كالزيت بالشام والشيرج بالعراق والسمن بخراسان ويعتبر قدر الأدم بالقوت. فإذا قيل إن الرطل تكفيه الأوقية من الدهن فرض ذلك، وفي كل يوم جمعة رطل لحم. كان في موضع يرخص اللحم زادها على الرطل شيئاً، وذكر القاضي في الأدم مثل هذا. وهذا مخالف لقول الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا

آتَـاهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧] ولقـول النبي ﷺ: «ولهن عليكم رزقهن وكسـوتهن بـالمعـروف» ومتى أنفق الموسر نفقة المعسر فما أنفق من سعته ولا رزقها بالمعـروف. وقد فـرق الله عز وجـل بين الموسر والمعسر في الإنفاق، في هذا جمع بين ما فرق الله تعالى، وتقـدير الأدم بما ذكروه تحكم لا دليل عليه وخلاف العادة والعرف بين الناس في إنفاقهم فلا يعرج على مثل هذا، وقد قـال ابن عمر: من أفضل ما تطعمون أهليكم الخبز واللحم. والصحيح ما ذكرناه من رد النفقة المطلقة في الشرع إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمعسر والمتـوسط كما رددنـاهم في الكسوة إلى ذلك. ولأن النفقة من مؤنة المرأة على الـزوج. فاختلف جنسهـا بالإيثـار والإعسار كالكسوة.

فصل: وحكم المكاتب والعبد حكم المعسر لأنهما ليسا بأحسن حالاً منه. ومن نصفه حر إن كان موسراً فحكمه حكم المتوسط. لأنه متوسط نصفه موسر ونصفه معسر.

فصل: ويجب للمرأة ما تحتاج إليه من المشط والدهن لرأسها والسـدر أو نحوه ممـا تغسل به رأسها وما يعود بنظافتها لأن ذلك يراد للتنظيف فكان عليه كما أن عـلى المستأجـر كنس الدار وتنظيفها، فأما الخضاب فإنه إن لم يطلبه الزوج منها لم يلزمه لأنه يراد للزينة، وإن طلبه منها فهو عليه، وأما الطيب فما يراد منه لقطع السهولة كدواء العرق لزمه لأنه يراد للتطيب، وما يراد منه للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه لأن الاستمتاع حق له فلا يجب عليه ما يدعـوه إليه. ولا يجب عليـه شراء الأدوية ولا أجرة الطبيب لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجـر بناء مـا يقع من الدار وحفظ أصولها وكذلك أجرة الحجام والفاصد.

فصل: وتجب عليه كسوتها بإجماع أهـل العلم لما ذكـرنا من النصـوص ولأنها لا بد منهـا على الدوام فلزمته كالنفقة وهي معتبرة بكفايتها وليست مقدرة بالشرع كما قلنا في النفقـة ويوافق أصحاب الشافعي على هذا ويرجع في ذلك إلى اجتهاد الحاكم فيفرض لها على قدر كفايتهـا على قدر يسرهما وعسرهما. وما جرت عادة أمثالها به من الكسوة فيجتهد الحاكم في ذلك عند نـزول الأمر كنحو اجتهـاده في المتعة للمـطلقة وكـما قلنا في النفقـة. فيفرض للمـوسرة تحت الموسر من أرفـع ثيـاب البلـد مـن الكتـان والخـز والأبـريسـم وللمعسرة تحت المعسر غليـظ القطـن والكتـان وللمتوسطة تحت المتـوسط من ذلك فـأقل مـا يجب من ذلك قميص وسراويـل ومقنعة ومـداس وجبة للشتاء ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه مما لا غنى عنه دون ما للتجمل والزينة والأصـل في هذا قـول الله عز وجـل: ﴿وَعَلَى ٱلْمَولُـودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْـوَتُهُنَّ بِـٱلْمَعْـرُوفِ﴾ [البقـرة: ٢٣٣] وقول النبي ﷺ: «لهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعـروف» والكسوة بـالمعروف هي الكسـوة التي جرت عـادة أمثالهـا بلبسه وقـول النبي ﷺ لهند: «خـذي ما يكفيـك وولدك بالمعروف».

فصل: وعليه لها ما تحتـاج إليه للنـوم من الفراش واللحـاف والوسـادة كل عـلى حسب عادته. فإن كانت ممن عادته النـوم في الأكسية والبسـاط فعليه لهـا لنومهـا ما جـرت عادتهم بـه

ولجلوسها بالنهار البساط والزلى والحصير الرفيع أو الخشن، والموسر على حسب إيساره والمعسر على قدر إعساره على حسب العوائد.

فصل: ويجب لها مسكن بدليل قوله سبحانه وتعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] فإذا وجبت السكنى للمطلقة فللتي في صلب النكاح أولى قال الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] ومن المعروف أن يسكنها في مسكن ولأنها لا تستغني عن المسكن للاستتار عن العيون وفي التصرف والاستمتاع وحفظ المتاع ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما لقول الله تعالى: ﴿مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ ولأنه واجب لها لمصلحتها في الدوام فجرى مجرى النفقة والكسوة.

فصل: فإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها لكونها من ذوي الأقدار أو مريضة وجب لها خادم لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها خادماً ولأنه مما تحتاج إليه في الدوام فأشبه النفقة، ولا يجب لها أكثر من خادم واحد لأن المستحق خدمتها في نفسها، ويحصل ذلك بواحد، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن مالكاً قال: إن كان لا يصلح للمرأة إلا أكثر من خادم فعليه أن ينفق على أكثر من واحد ونحوه قال أبو ثور: إذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين.

ولنا: إن الخادم الواحد يكفيها لنفسها، والزيادة تراد لحفظ ملكها أو للتجمل وليس عليه ذلك.

إذا ثبت هذا: فلا يكون الخادم إلا ممن يحل له النظر إليها إما امرأة وإما ذو رحم محرم لأن الخادم يلزم المخدوم في غالب أحواله فلا يسلم من النظر وهل يجوز أن يكون من أهل الكتاب؟ فيه وجهان. الصحيح منهما جوازه لأن استخدامهم مباح وقد ذكرنا فيما مضى أن الصحيح إباحة النظر لهم. والثاني: لا يجوز لأن في إباحة نظرهم اختلافاً وتعافهم النفس ولا يتنظفون من النجاسة ولا يلزم الزوج أن يملكها خادماً لأن المقصود الخدمة فإذا حصلت من غير تمليك جاز كما أنه إذا أسكنها داراً بأجرة جاز، ولا يلزمه تمليكها مسكناً فإن ملكها الخادم فقد زاد خيراً وإن أخدمها من يلازم خدمتها من غير تمليك جاز سواء كان له أو استأجره حراً كان أو عبداً وإن كان الخادم لها فرضيت بخدمته لها ونفقته على الزوج جاز، وإن طلبت منه أجرة خادمها فوافقها جاز، وإن قال لا أعطيك أجر هذا ولكن أنا آتيك بخادم سواه فله ذلك إذا أتاها بمن يصلح، وإن قالت أنا أخدم نفسي وآخذ الخادم لم يلزم الزوج قبول ذلك لأن الأجر عليه فتعيين الخادم إليه ولأن في إخدامها توفيرها على حقوقه وترفيهها ورفع قدرها وذلك يفوت بخدمتها لنفسها، وإن قال الزوج أنا أخدمك بنفسي لم يلزمها لأنها تحتشمه وفيه غضاضة عليها لكون زوجها خادماً، وفيه وجه آخر أنه يلزمها الرضى به لأن الكفاية تحصل به.

فصل: وعلى الزوج نفقة الخادم ومؤنته من الكسوة والنفقة مثل ما لامرأة المعسر إلا أنه لا يجب لها المشط والدهن لرأسها والسدر لأن ذلك يراد للزينة والتنظيف ولا يراد ذلك من الخادم لكن إن احتاجت إلى خف لتخرج إلى شراء الحوائج لزمه ذلك.

مسألة: قال: (فإن منعها ما يجب لها أو بعضه وقدرت له على مال أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف كما قال النبي ﷺ لهند حين قالت: إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي؟ فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»)

وجملته: أن الزوج إذا لم يدفع إلى امرأته ما يجب لها عليه من النفقة والكسوة أو دفع إليها أقل من كفايتها فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه بإذنه وبغير إذنه بدليل قول النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» وهذا إذن لها في الأخذ من ماله بغير إذنه ورد لها إلى اجتهادها في قدر كفايتها وكفاية ولدها وهو متناول لأخذ تمام الكفاية فإن ظاهر الحديث دل على أنه قد كان يعطيها بعض الكفاية ولا يتممها لها فرخص النبي ﷺ لها فيه أخذ تمام الكفاية بغير علمه لأنه موضع حاجة فإن النفقة لا غنى عنها ولا قوام إلا بها فإذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها أفضى إلى ضياعها وهلاكها فرخص لها في أخذ قدر نفقتها دفعاً لحاجتها، ولأن النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً فتشق المرافعة إلى الحاكم والمطالبة بها في كل الأوقات فلذلك رخص لها في أخذها بغير إذن من هي عليه. وذكر القاضي بينها وبين الدين فرقاً آخر وهو أن نفقة الزوجة تسقط بفوات وقتها عند بعض أهل العلم ما لم يكن فرضها لها فلو لم تأخذ حقها أفضى إلى سقوطها والإضرار بها بخلاف الدين فإنه لا يسقط عند أحد بترك المطالبة فلا يؤدي ترك الأخذ إلى الإسقاط.

فصل: ويجب عليه دفع نفقتها إليها في صدر نهار كل يوم إذا طلعت الشمس لأنه أول وقت الحاجة فإن اتفقا على تأخيرها جاز لأن الحق لها فإذا رضيت بتأخيره جاز كالدين، وإن اتفقا على تعجيل نفقة عام أو شهر أو أقل من ذلك أو أكثر أو تأخيره جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما فجاز من تعجيله وتأخيره ما اتفقا عليه كالدين وليس بين أهل العلم في هذا خلاف علمناه. فإن سلم إليها نفقة يوم ثم ماتت فيه لم يرجع عليها بها لأنه دفع إليها ما وجب عليه دفعه إليها، وإن أبانها بعد وجوب الدفع إليها لم تسقط نفقتها فيه ولها مطالبته بها لأنها قد وجبت فلم تسقط بالطلاق كالدين، وإن عجل لها نفقة شهر أو عام ثم طلقها أو ماتت قبل انقضائه أو بانت بفسخ أو إسلام أحدهما أو ردته فله أن يسترجع نفقة سائر الشهور، وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يسترجعها لأنها صلة فإذا قبضتها لم يكن له الرجوع فيها كصدقة التطوع.

ولنا: إنه سلم إليها النفقة سلفاً عما يجب في الثاني فإذا وجد ما يمنع الوجوب ثبت الرجوع كما لو أسلفها إياها فنشزت أو عجل الزكاة إلى الساعي فتلف ماله قبل الحول. وقولهم

إنها صلة قلنا: بل هي عوض عن التمكين وقد فات التمكين وذكر القاضي أن زوج الوثنية والمجوسية إذا دفع إليها نفقة سنتين ثم بانت بإسلامه، فإن لم يكن أعلمها أنها نفقة عجلها لها لم يرجع عليها لأن الظاهر أنه تطوع بها وإن أعلمها ذلك انبنى على معجل الزكاة إذا أعلم الفقير أنها زكاة معجلة ثم تلف المال وفي الرجوع بها وجهان كذلك ها هنا. وكذلك ينبغي أن يكون في سائر الصور مثل هذا لأنه تبرع بدفع ما لا يلزمه غير إعلام الآخذ بتعجيله فلم يرجع به كمعجل الزكاة، ولو سلم إليها نفقة اليوم فسرقت أو تلفت لم يلزمه عوضها لأنه بريء من الواجب بدفعه فأشبه ما لو تلفت الزكاة بعد قبض الساعي لها أو الدين بعد أخذ صاحبه له.

فصل: وإذا دفع إليها نفقتها فلها أن تتصرف فيها بما أحبت من الصدقه والهبة والمعارضة ما لم يعد ذلك عليها بضرر في بدنها وضعف في جسمها لأنه حق لها فلها التصرف فيه بما شاءت كالمهر وليس لها التصرف فيها على وجه يضر بها لأن فيه تفويت حقه منها ونقصاً في استمتاعه بها.

فصل: وعليه دفع الكسوة إليها في كل عام مرة لأنها العادة ويكون الدفع إليها في أوله لأنه أول وقت الوجوب فإن بليت الكسوة في الوقت الذي يبلى فيه مثلها لزمه أن يدفع إليها كسوة أخرى لأن ذلك وقت الحاجة إليها وإن بليت قبل ذلك لكثرة دخولها وخروجها أو استعمالها لم يلزمه إبدالها لأن ليس بوقت الحاجة إلى الكسوة في العرف. وإن مضى الزمان الذي تبلى في مثله بالاستعمال المعتاد ولم تبل فهل يلزمه بدلها؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يلزمه بدلها لأنها غير محتاجة إلى الكسوة. **والثاني**: يلزمه لأن الاعتبار بمضي الزمان دون حقيقة الحاجة بدليل أنها لو بليت قبل ذلك لم يلزمه بدلها. ولو أهدى إليها كسوة لم تسقط كسوتها وإن أهدى إليها طعام فأكلته وبقي قوتها إلى الغد لم يسقط قوتها فيه، وإن كساها ثم طلقها قبل أن تبلى فهل له أن يسترجعها؟ فيه وجهان: **أحدهما**: له ذلك لأنه دفعها للزمان المستقبل فإذا طلقها قبل مضيه كان له استرجاعها كما لو دفع إليها نفقة مدة ثم طلقها قبل انقضائها. والثاني: ليس له الاسترجاع لأنه دفع إليها الكسوة بعد وجوبها عليه فلم يكن له الرجوع فيها كما لو دفع إليها النفقة بعد وجوبها ثم طلقها قبل أكلها بخلاف النفقة المستقبلة.

فصل: وإذا دفع إليها كسوتها فأرادت بيعها أو التصدق بها وكان ذلك يضر بها أو يخل بتجملها بها أو بسترتها لم تملك ذلك كما لو أرادت الصدقة بقوتها على وجه يضر بها وإن لم يكن في ذلك ضرر احتمل الجواز لأنها تملكها فأشبهت النفقة، واحتمل المنع لأن له استرجاعها لو طلقها في أحد الوجهين بخلاف النفقة.

فصل: والذمية كالمسلمة في النفقة والمسكن والكسوة في قول عامة أهل العلم وبه يقول مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لعموم النصوص والمعنى.

مسألة: قال: (فإذا منعها ولم تجد ما تأخذه واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما)

وجملته: أن الرجل إذا منع امرأته النفقة لعسرته وعدم ما ينفقه فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه وبين فراقه وروي نحو ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وربيعة وحماد ومالك ويحيى القطان وعبد الرحمن بن مهدي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وذهب عطاء والزهري وابن شبرمة وأبو حنيفة وصاحباه إلى أنها لا تملك فراقه بذلك ولكن يرفع يده عنها لتكتسب لأنه حق لها عليه فلا يفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين. وقال العنبري يحبس إلى أن ينفق.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكاً بمعروف فيتعين التسريح. وروى سعيد عن سفيان عن ابن أبي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما؟ قال نعم، قال سنة؟قال: سنة وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ، وقال ابن المنذر: ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى ولأنه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى، إذا ثبت هذا فإنه متى ثبت الإعسار بالنفقة على الإطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير إنظار وهذا أحد قولي الشافعي وقال حماد بن أبي سليمان يؤجل سنة قياساً على العنين وقال عمر بن عبد العزيز اضربوا له شهراً أو شهرين، وقال مالك الشهر ونحوه وقال الشافعي في القول الآخر يؤجل ثلاثاً لأنه قريب.

ولنا: ظاهر حديث عمر ولأنه معنى يثبت الفسخ ولم يرد الشرع بالإنظار فيه فوجب أن يثبت الفسخ في الحال كالعيب ولأن سبب الفسخ الإعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير.

فصل: وإن لم يجد النفقة إلا يوماً بيوم فليس ذلك إعساراً يثبت به الفسخ لأن ذلك هو الواجب عليه وقد قدر عليه، وإن وجد في أول النهار ما يغديها وفي آخره ما يعشيها لم يكن لها الفسخ لأنها تصل إلى كفايتها وما يقوم به بدنها وإن كان صانعاً يعمل في الأسبوع بما يبيعه في يوم بقدر كفايتها في الأسبوع كله لم يثبت الفسخ لأن هذا يحصل الكفاية في جميع زمانه وإن تعذر عليه الكسب في بعض زمانه أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ لأنه يمكن الاقتراض إلى زوال العارض وحصول الاكتساب وإن عجز عن الاقتراض أياماً يسيرة لم يثبت الفسخ لأن ذلك يزول عن قريب ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس، وإن مرض مرضاً يرجى زواله في أيام يسيرة لم يفسخ لما ذكرناه وإن كان ذلك يطول فلها الفسخ لأن الضرر الغالب يلحقها ولا يمكنها الصبر وكذلك إن كان لا يجد من النفقة إلا يوماً دون يوم فلها الفسخ لأنها لا يمكنها الصبر على هذا ويكون بمثابة من لا يجد إلا بعض القوت، وإن أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار لأن البدن لا يقوم بما دونها. وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر فلا خيار لها لأن تلك الزيادة تسقط بإعساره ويمكن الصبر عنها ويقوم البدن بما دونها وإن أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها خيار لما

ذكرنا وكذلك إن أعسر بالأدم، وإن أعسر بالكسوة فلها الفسخ لأن الكسوة لا بد منها ولا يمكن الصبر عنها ولا يقوم البدن بدونها، وإن أعسر بأجرة مسكن ففيه وجهان: **أحدهما**: لها الخيار لأنه مما لا بد منه فهو كالنفقة والكسوة **والثاني**: لا خيار لها لأن البنية تقوم بدونه وهذا الوجه هو الذي ذكره القاضي، وإن أعسر بالنفقة الماضية لم يكن لها الفسخ لأنها دين يقوم البدن بدونها فأشبهت سائر الديون.

الحال الثاني: أن يمتنع من الإنفاق مع يساره فإن قدرت له على مال أخذت منه قدر حاجتها ولا خيار لها لأن النبي ﷺ أمر هنداً بالأخذ ولم يجعل لها الفسخ وإن لم تقدر رافعته إلى الحاكم فيأمره بالإنفاق ويجبره عليه قال أبي حبسه فإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله فإن لم يجد إلا عروضاً أو عقاراً باعها في ذلك، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة النفقة في ماله من الدنانير والدراهم ولا يبيع عرضاً إلا بتسليم لأن بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه أو إذن وليه ولا ولاية على الرشيد.

ولنا: قول النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك» ولم يفرق ولأن ذلك مال له فتؤخذ منه النفقة كالدراهم والدنانير وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره. وإن تعذرت النفقة في حال غيبته وله وكيل فحكم وكيله حكمه في المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه وإن لم يكن له وكيل ولم تقدر المرأة على الأخذ أخذ لها الحاكم من ماله ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك إذا لم تجد ما تنفق سواه وينفق على المرأة يوماً بيوم، وبهذا قال الشافعي ويحيى بن آدم وقال أصحاب الرأي يفرض لها في كل شهر.

ولنا: إن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها فلم يجز كما عجل لها نفقة زيادة عن شهر.

فصل: وإن غيب ماله وصبر على الحبس ولم يقدر الحاكم له على مال يأخذه أو لم يقدر على أخذ النفقة من مال الغائب فلها الخيار في الفسخ في ظاهر قول الخرقي واختيار أبي الخطاب، واختار القاضي أنها لا تملك الفسخ وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن الفسخ في المعسر لعيب الإعسار ولم يوجد ها هنا ولأن الموسر في مظنة إمكان الأخذ من ماله، وإذا امتنع في يوم فربما لا يمتنع في الغد بخلاف المعسر.

ولنا: إن عمر رضي الله عنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا وهذا إجبار على الطلاق عند الامتناع من الإنفاق. ولأن الإنفاق عليها من ماله يتعذر فكان لها الخيار كحال الإعسار بل هذا أولى بالفسخ فإنه إذا جاز الفسخ على المعذور فعلى غيره أولى ولأن في الصبر ضرراً أمكن إزالته بالفسخ فوجبت إزالته، ولأنه نوع تعذر يجوز الفسخ فلم يفترق الحال بين الموسر والمعسر كما إذا أدى ثمن المبيع فإنه لا فرق في جواز الفسخ بين أن يكون المشتري معسراً وبين أن يهرب قبل أداء الثمن، وعيب الإعسار إنما جوز الفسخ لتعذر الإنفاق بدليل أنه لو اقترض ما ينفق عليها أو تبرع له إنسان بدفع ما ينفقه لم تملك الفسخ وقولهم إنه

يحتمل أن ينفق فيها بعد هذا. قلنا: وكذلك المعسر يحتمل أن يغنيه الله وأن يقترض أو يعطي ما ينفقه فاستويا.

فصل: ومن وجبت عليه نفقة امرأته وكان لـه عليها دين فـأراد أن يحتسب عليها بـدينه مكان نفقتها فإن كانت مـوسرة فله ذلك لأن من عليـه حق فله أن يقضيه من أي أمـواله شـاء، وهذا من مالـه، وإن كانت معسرة لم يكن لـه ذلك لأن قضـاء الدين إنمـا يجب في الفاضـل من قوته. وهذا لا يفضل عنها. ولأن الله تعالى أمـر بإنـظار المعسر بقولـه سبحانـه: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] فيجب إنظارها بما عليها.

فصل: وكل مـوضع ثبت لهـا الفسخ لأجـل النفقة لم يجـز إلا بحكم الحاكم لأنـه فسخ مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنة ولا يجوز له التفـريق إلا أن تطلب المـرأة ذلك لأنـه لحقها فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة. فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة لـه فيه، وبهذا قال الشافعـي وابن المنذر وقـال مالـك هو تـطليقة وهـو أحق بها إن أيسر في عـدتها لأنـه تفـريق لامتناعـه من الواجب عليـه لها فـأشبه تفـريقه بـين المولى وامـرأته إذا امتنـع من الفيئـة والطلاق.

ولنا: إنها فرقة لعجزه عن الواجب لها عليـه أشبهت فرقـة العنة، فـأما إن أجـبره الحاكم على الطلاق فطلق أقل من ثلاث فله الرجعة عليها ما دامت في العدة فإن راجعها وهو معسر أو امتنع من الإنفاق عليهـا ولم يمكن الأخذ من ماله فـطلبت المرأة الفسـخ. فللحاكم الفسـخ لأن المقتضي له باق أشبه ما قبل الطلاق.

فصل: وإن رضيت بالمقام معه مع عسرته أو تـرك إنفاقـه ثم بدا لهـا الفسخ أو تـزوجت معسراً عالمة بحاله راضية بعسرته وترك إنفاقه أو شرط عليها أن لا ينفق عليها ثم عن لها الفسخ فلها ذلك، وبهذا قال الشافعي وقال القاضي ظاهر كلام أحمد ليس لها الفسخ ويبطل خيارها في الموضعين وهو قول مالك لأنها رضيت بعيبه ودخلت في العقد عالمة بـه فلم تملك الفسخ كما لو تزوجت عنيناً عالمة بعنته أو قالت بعد العقد قد رضيت به عنيناً.

ولنا: إن وجوب النفقة يتجدد في كل يوم فيتجدد لها الفسخ ولا يصح إسقـاط حقها فيـما لم يجب لها كإسقاط شفعتها قبل البيع ولذلك لو أسقطت النفقة المستقبلة لم تسقط ولو أسقـطتها أو أسقـطت المهر قبـل النكاح لم يسقط وإذا لم يسقط وجـوبها لم يسقط الفسـخ الثابت بـه، وإن أعسر بالمهر وقلنا لها الفسخ لإعساره به فرضيت بالمقام لم يكن لهـا الفسخ لأن وجـوبه لم يتجـدد بخلاف النفقة ولو تزوجته عالمة بإعساره بالمهر راضية بذلك فينبغي أن لا تملك الفسخ بإعسـاره به لأنها رضيت بذلك في وقت لو أسقطته فيه سقط.

فصل: إذا رضيت بالمقام مع ذلـك لم يلزمها التمكـين من الاستمتاع لأنـه لم يسلم إليها عـوضه فلم يلزمهـا تسليمه كـما لو أعسر المشـتري بثمن المبيع لم يجب تسليمـه إليه وعليـه تخلية سبيلها لتكتسب لها وتحصل ما تنفقه على نفسها لأن في حبسها بغير نفقة إضراراً بها، ولو كـانت

موسرة لم يكن له حبسها لأنه إنما يملك حبسها إذا كفاها المؤونة وأغناها عما لا بد لها من ولحاجته إلى الاستمتاع الواجب عليها فإذا انتفى الأمران لم يملك حبسها.

فصل: ومن ترك الإنفاق الواجب لامرأته مدة لم يسقط بذلك وكان ديناً في ذمته سواء تركه لعذر أو غير عذر في أظهر الروايتين وهذا قول الحسن ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر والرواية الأخرى تسقط نفقتها ما لم يكن الحاكم قد فرضها لها وهذا مذهب أبي حنيفة لأنها نفقة تجب يوماً فيوماً فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الأقارب، ولأن نفقة الماضي قد استغنى عنها بمضي وقتها فتسقط كنفقة الأقارب.

ولنا: إن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى. ولأنها حق يجب مع اليسار والإعسار فلم يسقط بمضي الزمان كأجرة العقار والديون. قال ابن المنذر هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها ولأنها عوض واجب فأشبهت الأجرة. وفارق نفقة الأقارب فإنها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والاعسار ممن تجب له وجبت لتزجيه الحال فإذا مضى زمنها استغنى عنها فأشبه ما لو استغنى عنها بيساره وهذه بخلاف ذلك إذا ثبت هذا فإنه ترك الإنفاق عليها مع يساره فعليه النفقة بكمالها، وإن تركها لإعساره لم يلزمه نفقة المعسر لأن الزائد سقط بإعساره.

فصل: ويصح ضمان النفقة ما وجب منها وما يجب في المستقبل إذا قلنا إنها تثبت في الذمة، وقال الشافعي يصح ضمان ما وجب وفي ضمان المستقبل وجهان بناء على أن النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين؟ ومبنى الخلاف على ضمان ما لم يجب إذا كان مآله إلى الوجوب فعندنا يصح وعندهم لا يصح وقد ذكرنا ذلك في باب الضمان.

فصل: وإن أعسر بنفقة الخادم أو الأدم أو المسكن ثبت ذلك في ذمته وبهذا قال الشافعي، وقال القاضي لا يثبت لأنه من الزوائد فلم يثبت في ذمته كالزائد عن الواجب عليه.

ولنا: إنها نفقة تجب على سبيل العوض فتثبت في الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة قوتاً. وفارق الزائد عن نفقة المعسر فإنه يسقط الإعسار.

فصل: وإذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ثم بان أنه قد مات قبل إنفاقها حسب عليها ما أنفقته من ميراثها سواء أنفقته بنفسها أو بأمر الحاكم. وبهذا قال أبو العالية ومحمد بن سيرين والشافعي وابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافهم لأنها أنفقت ما لا تستحق وإن فضل لها شيء فهو لها وإن فضل عليها شيء وكان لها صداق أو دين على زوجها حسب منه وإن لم يكن لها شيء من ذلك كان الفضل ديناً عليها والله أعلم.

فصل: وإن أعسر الزوج بالصداق ففيه ثلاثة أوجه أصحها ليس لها الفسخ وهو اختيار ابن حامد. والثاني: لها الفسخ وهو اختيار أبي بكر لأنه أعسر بالعوض فكان لها الرجوع في

المعوض كما لو أعسر بثمن مبيعها. **والثالث**: إن أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشتري والمبيع بحاله، وإن كان بعد الدخول لم تملك الفسخ لأن المعقود عليه قد استوفي فأشبه ما لو أفلس المشتري بعد تلف المبيع أو بعضه.

ولنا: إنه دين فلم يفسخ النكاح للإعسار به كالنفقة الماضية، ولأن تأخيره ليس فيه ضرر مجحف فأشبه نفقة الخادم والنفقة الماضية ولأنه لا نص فيه ولا يصح قياسه على الثمن المبيع لأن الثمن كل مقصود البائع والعادة تعجيله والصداق فضلة ونحلة ليس هو المقصود في النكاح ولذلك لا يفسد النكاح بفساده ولا بترك ذكره والعادة تأخيره ولأن أكثر من يشتري بثمن حال يكون موسراً به وليس الأكثر أن من تزوج بمهر يكون موسراً به ولا يصح قياسه على النفقة لأن الضرورة لا تندفع إلا بها بخلاف الصداق فأشبه شيء به النفقة الماضية وللشافعي نحو هذه الوجوه إذا قلنا لها الفسخ للإعسار به فتزوجته عالمة بعسرته فلا خيار لها وجهاً واحداً لأنها رضيت به كذلك وكذلك إن علمت عسرته بعد العقد فرضيت بالمقام سقط حقها من الفسخ لأنها رضيت بإسقاط حقها بعد وجوبه فسقط كما لو رضيت بعينه.

فصل: ونفقة الأمة المزوجة حق لها ولسيدها لأن كل واحد منهما ينتفع بها ولكل واحد منهما طلبها إن امتنع الزوج من أدائها ولا يملك واحد منهما إسقاطها لأن في سقوطها بإسقاط أحدهما ضرراً بالآخر وإن أعسر الزوج بها فلها الفسخ لأنه عجز عن نفقتها فملكت الفسخ كالحرة وإن لم تفسخ فقال القاضي لسيدها الفسخ لأنه عليه ضرراً في عدمها لمايتعلق بفواتها من فوات ملكه وتلفه فإن أنفق عليها سيدها محتسباً بالرجوع فله الرجوع بها على الزوج رضيت بذلك أو كرهت لأن الدين خالص حقه لا حق لها فيه وإنما تعلق حقها بالنفقة الحاضرة لوجوب صرفها إليها وقوام بدنها بهابخلاف الماضية، وقال أبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس لسيدها الفسخ لعسرة زوجها بالنفقة لأنها حق لها فلم يملك سيدها الفسخ دونها كالفسخ للعيب فإن كانت معتوهة أنفق المولى وتكون النفقة ديناً في ذمة الزوج وإن كانت عاقلة قال لها السيد إن أردت النفقة فافسخي النكاح وإلا فلا نفقة لك عندي.

فصل: وإن اختلف الزوجان في الإنفاق عليها أو في تقبيضها نفقتها فالقول قول المرأة لأنها منكرة والأصل معها وإن اختلفا في التمكين الموجب للنفقة أو في وقته فقالت كان ذلك من شهر فقال بل من يوم فالقول قوله لأنه منكر والأصل معه وإن اختلفا في يساره فادعته المرأة أو الزوج ليفرض لها نفقة الموسرين أو قالت كنت موسراً وأنكر ذلك فإن عرف له مال فالقول قولها وإلا فالقول قوله وبهذا كله قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وإن اختلفا في فرض الحاكم للنفقة أو في وقتها فقال فرضها منذ شهر فقالت بل منذ عام فالقول قوله، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي. قال مالك إن كان مقيماً معها فالقول قوله، وإن كان غائباً عنها فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها إلى الحاكم.

ولنا: إن قوله يوافق الأصل فقدم كما لو كان مقيماً معها وكل من قلنا القول قوله فلخصمه عليه اليمين لأنها دعاوى في المال فأشبهت دعوى الدين ولأن النبي ﷺ قال: «ولكن اليمين على المدعى عليه» وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة أو بعث به إليها فقالت إنما فعلت ذلك تبرعاً وهبة وقال بل وفاء للواجب عليّ فالقول قوله لأنه أعلم بنيته أشبه ما لو قضى دينه واختلف هو وغريمه في نيته وإن طلق امرأته وكانت حاملاً فوضعت فقال طلقتك حاملاً فانقضت عدتك بوضع الحمل وانقضت نفقتك ورجعتك وقالت بل بعد الوضع فلي النفقة ولك الرجعة فالقول قولها لأن الأصل بقاء النفقة وعدم المسقط لها وعليها العدة ولا رجعة للزوج لإقراره بعدمها وإن راجع فصدقها فله الرجعة لأنها مقرة له بها وإن قال طلقتك بعد الوضع فلي الرجعة ولك النفقة وقالت بل وأنا حامل فالقول قوله لأن الأصل بقاء الرجعة ولا نفقة ولا عدة عليها لأنها حق الله تعالى فالقول قولها فيها وإن عاد فصدقها سقطت رجعته ووجب لها النفقة هذا في ظاهر الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على ما يعلمه من حقيقة الأمر دون ما قاله.

فصل: وإن طلق الرجل امرأته فادعت أنها حامل لتكون لها النفقة أنفق عليها ثلاثة أشهر ثم ترى القوابل بعد ذلك لأن الحمل يبين بعد ثلاثة أشهر إلا أن تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره بتنقطع نفقتها كما تنقطع إذا قالت القوابل ليست حاملاً ويرجع عليها بما أنفق لأنها أخذت منه ما لا تستحقه فرجع عليها كما لو ادعت عليه ديناً وأخذته منه ثم تبين كذبها.

وعن أحمد رواية أخرى لا يرجع عليها لأنه أنفق عليها بحكم آثار النكاح فلم يرجع به كالنفقة في النكاح الفاسد إذا تبين فساده وإن علمت براءتها من الحمل بالحيض فكتمته فينبغي أن يرجع عليها قولاً واحداً أخذت النفقة مع علمها ببراءتها كما لو أخذتها من ماله بغير علمه، وإن ادعت الرجعية الحمل فأنفق عليها أكثر من مدة عدتها رجع عليها بالزيادة ويرجع في مدة العدة إليها لأنها أعلم بها فالقول قولها فيها مع يمينها، فإن قالت قد ارتفع حيضي ولم أدر ما رفعه فعدتها سنة إن كانت حرة وإن قالت قد انقضت بثلاثة قروء وذكرت آخرها فلها النفقة إلى ذلك ويرجع عليها بالزائد وإن قالت لا أدري متى آخرها رجعنا إلى عادتها فحسبنا لها بها وإن قالت عادتي تختلف فتطول وتقصر انقضت العدة بالأقصر لأنه اليقين وإن قالت عادتي تختلف ولا أعلم رددناها إلى غالب عادات النساء في كل شهر قرء لأنا رددنا المتحيرة إلى ذلك في أحكامها فكذلك هذه، وإن بان أنها حامل من غيره مثل أن تلده بعد أربع سنين فلا نفقة عليه لمدة حملها لأنه من غيره. وإن كانت رجعية فلها النفقة في مدة عدتها فإن كانت انقضت قبل حملها فلها النفقة إلى انقضائها وإن حملت في أثناء عدتها فلها النفقة إلى الوطء الذي حملت ثم لا نفقة لها حتى تضع حملها ثم تكون لها النفقة في تمام عدتها. وإن وطئها زوجها في العدة الرجعية حصلت الرجعة وإن قلنا لا تحصل فالنسب لا حق به وعليه النفقة لمدة حملها. وإن وطئها بعد انقضاء عدتها أو وطيء البائن عالماً بذلك وبتحريمه فهو زنا لا يلحقه نسب الولد ولا نفقة عليه

من أجله وإن جهل بينونتها أو انقضاء عدة الرجعية أو تحريم ذلك وهو ممن يجهله لحقه نسبه، وفي وجوب النفقة عليه روايتان.

مسألة: قال: (ويجبر الرجل على نفقة والديه وولده الذكور والإناث إذا كانوا فقراء وكان له ما ينفق عليهم)

الأصل في وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] أوجب أجر رضاع الولد على أبيه وقال سبحانه: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقال سبحانه: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [الإسراء: ٢٣] ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند حاجتهما. ومن السنة قول النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» متفق عليه وروت عائشة أن النبي ﷺ قال: «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه» ورواه أبو داود. وأما الإجماع فحكى ابن المنذر قال أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم ولأن ولد الإنسان بعضه وهو بعض والده فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله.

إذا ثبت هذا فإن الأم تجب نفقتها ويجب عليها أن تنفق على ولدها إذا لم يكن له أب. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك أنه لا نفقة عليها ولا لها لأنها ليست عصبة لولدها.

ولنا: قوله سبحانه: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [البقرة: ٨٣] وقال النبي ﷺ لرجل سأله من أبر؟ قال: «أمك ثم أمك ثم أمك ثم أباك ثم الأقرب فالأقرب» رواه أبو داود. ولأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب، ولأن بينهما قرابة توجب رد الشهادة ووجوب العتق فأشبهت الأب. فإن أعسر الأب وجبت النفقة على الأم ولم ترجع بها عليه إن أيسر. وقال أبو يوسف ومحمد ترجع عليه.

ولنا: إن من وجب عليه الإنفاق بالقرابة لم يرجع به كالأب.

فصل: ويجب الإنفاق على الأجداد والجدات وإن علوا وولد الولد وإن سفلوا وبذلك قال الشافعي والثوري وأصحاب الرأي. وقال مالك لا تجب النفقة عليهم ولا لهم لأن الجد ليس بأب حقيقي.

ولنا: قوله سبحانه: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ولأنه يدخل في مطلق اسم الولد والوالد بدليل أن الله تعالى قال: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] فيدخل فيهم ولد البنين وقال: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا

﴿تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١١] وقال: ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ [الحج: ٧٨] ولأن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأشبه الولد والوالد القريبين.

فصل: ويشترط لوجوب الإنفاق ثلاثة شروط:

أحدها: أن يكونوا فقراء لا مال لهم ولا كسب يستغنون به عن إنفاق غيرهم فإن كانوا موسرين بمال أو كسب يستغنون به فلا نفقة لهم لأنها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة.

الثاني: أن تكون لمن تجب عليه النفقة ما ينفق عليهم فاضلاً عن نفقة نفسه إما من ماله وإما من كسبه. فأما من لا يفضل عنه شيء فليس عليه شيء لما روى جابر أن رسول الله ﷺ قال: «إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فإن فضل فعلى عياله، فإن كان فضل فعلى قرابته» وفي لفظ «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» حديث صحيح.

وروى أبو هريرة: «أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله عندي دينار قال: تصدق به على نفسك. قال عندي آخر قال: تصدق به على ولدك. قال عندي آخر قال: تصدق به على زوجك. قال عندي آخر قال: تصدق به على خادمك. قال عندي آخر قال: أنت أبصر» رواه أبو داود، ولأنها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة.

الثالث: أن يكون المنفق وارثاً لقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس فينبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم فإن لم يكن وارثاً لعدم القرابة لم تجب عليه النفقة لذلك، وإن امتنع الميراث مع وجود القرابة لم يخل من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون أحدهما رقيقاً فلا نفقة لأحدهما على صاحبه بغير خلاف لأنه لا ولاية بينهما ولا إرث فأشبه الأجنبيين، ولأن العبد لا مال له فتجب عليه النفقة وكسبه لسيده ونفقته على سيده فيستغني بها عن نفقة غيره.

الثاني: أن يكون دينهما مختلفاً فلا نفقة لأحدهما على صاحبه وذكر القاضي في عمودي النسب روايتين:

إحداهما: تجب النفقة مع اختلاف الدين وهو مذهب الشافعي لأنها نفقة تجب مع اتفاق الدين فتجب مع اختلافه كنفقة الزوجة والمملوكة ولأنه يعتق على قريبه فيجب عليه الإنفاق عليه كما لو اتفق دينهما.

ولنا: إنها مواساة على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين كنفقة غير عمودي النسب ولأنها غير متوارثين فلم يجب لأحدهما على الآخر نفقته بالقرابة كما لو كان أحدهما رقيقاً، وتفارق نفقة الزوجات لأنها عوض يجب مع الإعسار فلم ينافيها اختلاف الدين كالصداق والأجرة، وكذلك تجب مع الرق فيهما أو في أحدهما، وكذلك نفقة المماليك والعتق

عليه يبطل بسائر ذوي الرحم المحرم فإنهم يعتقون مع اختلاف الدين ولا نفقة لهم معه، ولأن هذه صلة ومواساة فلا تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته إليه وعقله عنه وإرثه منه.

الثالث: أن يكون القريب محجوباً عن الميراث بمن هو أقرب منه فينظر فإن كان الأقرب موسراً فالنفقة عليه ولا شيء على المحجوب به لأن الأقرب أولى بالميراث منه فيكون أولى بالإنفاق وإن كان الأقرب معسراً وكان من ينفق عليه من عمودي النسب وجبت نفقته على الموسر وذكر القاضي في أب معسر وجد موسر أن النفقة على الجد، وقال في أم معسرة وجدة موسرة النفقة على الجدة، وقد قال أحمد: لا يدفع الزكاة إلى ولد ابنته لقول النبي ﷺ: «إن ابني هذا سيد» فسماه ابنه وهو ابن ابنته، وإذا منع من دفع الزكاة إليهم لقرابتهم يجب أن تلزمه نفقتهم عند حاجتهم، وهذا مذهب الشافعي. وإن كان من غير عمودي النسب لم تجب النفقة عليه إذا كان محجوباً، قال القاضي وأبو الخطاب في ابن فقير وأخ موسر: لا نفقة عليهما، لأن الابن لا نفقة عليه لعسرته، والأخ لا نفقة عليه لعدم إرثه، ولأن قرابته ضعيفة لا تمنع شهادته له، فإذا لم يكن وارثاً لم تجب عليه النفقة كذوي الرحم ويتخرج في كل وارث لولا الحجب إذا كان من يحجبه معسراً وجهان:

أحدهما: لا نفقة عليه لأنه ليس بوارث أشبه الأجنبي. **والثاني**: عليه النفقة لوجود القرابة المقتضية للإرث والإنفاق والمانع من الإرث لا يمنع من الإنفاق لأنه معسر لا يمكنه الإنفاق فوجوده بالنسبة إلى الإنفاق كعدمه.

فصل: فأما ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب، فإن كانوا من غير عمودي النسب فلا نفقة عليهم. نص عليه أحمد فقال: الخالة والعمة لا نفقة عليهما، قال القاضي: لا نفقة لهم رواية واحدة، وذلك لأن قرابتهم ضعيفة وإنما يأخذون ماله عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين، فإن المال يصرف إليهم إذا لم يكن للميت وارث وذلك الذي يأخذه بيت المال ولذلك يقدم الرد عليهم وقال أبو الخطاب: يخرج فيهم رواية أخرى: أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوي الفروض لأنهم وارثون في تلك الحال، قال ابن أبي موسى هذا يتوجه على معنى قوله والأول هو المنصوص عنه فأما عمود النسب فذكر القاضي ما يدل على أنه يجب الإنفاق عليهم سواء كانوا من ذوي الأرحام كأب الأم وابن البنت أو من غيرهم وسواء كانوا محجوبين أو وارثين، وهذا مذهب الشافعي، وذلك لأن قرابتهم قرابة جزئية وبعضية وتقتضي رد الشهادة وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وإن سفل فأوجبت النفقة على كل حال كقرابة الأب الأدنى.

فصل: ولا يشترط في وجوب نفقة الوالدين والمولودين نقص الخلقة ولا نقص الأحكام في ظاهر المذهب، وظاهر كلام الخرقي، فإنه أوجب نفقتهم مطلقاً إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم، وقال القاضي: لا يشترط في الوالدين وهل يشترط ذلك في الولد؟ فكلام أحمد يقتضي روايتين: **إحداهما**: تلزمه نفقته لأنه فقير. **والثانية**: إن كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزم

نفقته وهذا القول يرجع إلى أن الذي لا يقدر على كسب ما يقوم به تلزم نفقته رواية واحدة سواء كان ناقص الأحكام كالصغير والمجنون أو ناقص الخلقة كالزمن، وإنما الروايتان فيمن لا حرفة له ممن يقدر على الكسب ببدنه، وقال الشافعي يشترط نقصانه إما من طريق الحكم أو من طريق الخلقة، وقال أبو حنيفة: ينفق على الغلام حتى يبلغ فإذا بلغ صحيحاً انقطعت نفقته، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تزوج ونحوه قال مالك إلا أنه قال ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الأزواج ثم لا نفقة لهن وإن طلقن، ولو طلقن قبل البناء بهن فهن على نفقتهن.

ولنا: قول النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» لم يستثن منهم بالغاً ولا صحيحاً، ولأنه والد أو ولد فقير فاستحق النفقة على والده أو ولده الغني كما لو كان زمناً أو مكفوفاً، فأما الوالد فإن أبا حنيفة وافقنا على وجوب نفقته صحيحاً إذا لم يكن ذا كسب وللشافعي في ذلك قولان. ولنا إنه والد محتاج فأشبه الزمن.

فصل: ومن كان له أب من أهل الإنفاق لم تجب نفقته على سواه لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وقال ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقال النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فجعل النفقة على أبيهم دونها. ولا خلاف في هذا نعلمه إلا أن لأصحاب الشافعي فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن موسران وجهين: **أحدهما**: أن النفقة على الأب وحده. **والثاني**: عليهما جميعاً لتساويهما في القرب.

ولنا: إن النفقة على الأب منصوص عليها فيجب اتباع النص وترك ما عداه.

فصل: ويلزم الرجل إعفاف ابنه إذا احتاج إلى النكاح، وهذا ظاهر مذهب الشافعي، ولهم في إعفاف الأب الصحيح وجه آخر: أنه لا يجب. وقال أبو حنيفة: لا يلزم الرجل إعفاف أبيه سواء وجبت نفقته أو لم تجب لأن ذلك من أعظم الملاذ فلم تجب للأب كالحلواء ولأنه أحد الأبوين فلم يجب له ذلك كالأم.

ولنا: إن ذلك مما تدعو حاجته إليه ويستضر بفقده فلزم ابنه له كالنفقة ولا يشبه الحلواء لأنه لا يستضر بفقدها وإنما يشبه الطعام والأدم، وأما الأم فإنما إعفافها بتزويجها إذا طلبت ذلك وخطبها كفؤها ونحن نقول بوجوب ذلك عليه وهم يوافقوننا في ذلك. إذا ثبت هذا فإنه يجب إعفاف من لزمت نفقته من الآباء والأجداد، فإن اجتمع جدان ولم يمكن إلا إعفاف أحدهما قدم الأقرب إلا أن يكون أحدهما من جهة الأب والآخر من جهة الأم فيقدم الذي من جهة الأب وإن بعد لأنه عصبة، والشرع قد اعتبر جهته في التوريث والتعصيب، فكذلك في الإنفاق والاستحقاق.

فصل: وإذا وجب عليه إعفاف أبيه فهو مخير إن شاء زوجه حرة وإن شاء ملكه أمة أو دفع إليه ما يتزوج به حرة أو يشتري به أمة، وليس للأب التخيير عليه إلا أن الأب إذا عين امرأة وعين الابن أخرى وصداقهما واحد قدم تعيين الأب لأن النكاح له والمؤونة واحدة فقدم

قوله كما لو عينت البنت كفؤاً وعين الأب كفؤاً يقدم تعيينها، وإن اختلفا في الصداق لم يلزم الابن الأكثر، لأنه إنما يلزم أقل ما تحصل به الكفاية، ولكن ليس له أن يزوجه أو يملكه قبيحة أو كبيرة لاستمتاع فيها، وليس له أن يزوجه أمة لأن فيه ضرراً عليه وهو إرقاق ولده والنقص في استمتاعه، وإن رضي الأب بذلك لم يجز لأن الضرر يلحق بغيره وهو الولد ولذلك لم يكن للموسر أن يتزوج أمة، وإذا زوجه زوجة أو ملكه أمة فعليه نفقته ونفقتها، ومتى أيسر الأب لم يكن للولد استرجاع، ما دفعه إليه ولا عوض ما زوجه به لأنه دفعه إليه في حال وجوبه عليه فلم يملك استرجاعه كالزكاة، وإن زوجه أو ملكه أمة فطلق الزوجة أو أعتق الأمة لم يكن عليه أن يزوجه أو يملكه ثانياً لأنه فوت ذلك على نفسه، وإن ماتتا فعليه إعفافه ثانياً لأنه لا صنع له في ذلك.

فصل: قال أصحابنا وعلى الأب إعفاف ابنه إذا كانت عليه نفقته وكان محتاجاً إلى إعفافه وهو قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم لا يجب ذلك عليه.

ولنا: إنه من عمودي نسبه وتلزمه نفقته فيلزمه إعفافه عند حاجته إليه كأبيه. قال القاضي: وكذلك يجيء في كل من لزمته نفقته من أخ وعم أو غيرهم لأن أحمد قد نص في العبد يلزمه أن يزوجه إذا طلب ذلك وإلا بيع عليه، وكل من لزمه إعفافه لزمته نفقة زوجته لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا بذلك وقد روي عن أحمد أنه لا يلزم الأب نفقة زوجة الابن وهذا محمول على أن الابن كان يجد نفقتها.

مسألة: قال: (وكذلك الصبي إذا لم يكن له أب أجبر وارثه على نفقته على قدر ميراثهم منه)

ظاهر المذهب أن النفقة تجب على كل وارث لموروثه إذا اجتمعت الشروط التي تقدم ذكرنا لها وبه قال الحسن ومجاهد والنخعي وقتادة والحسن بن صالح وابن أبي ليلى وأبو ثور. وحكى ابن المنذر عن أحمد في الصبي المرضع لا أب له ولا جد: نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء، وكذلك روى بكر بن محمد عن أبيه عن أحمد: النفقة على العصبات وبه قال الأوزاعي وإسحاق، وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى على بني عم منفوس بنفقته، احتج به أحمد، وقال ابن المنذر: روي عن عمر أنه حبس عصبة ينفقون على صبي الرجال دون النساء، ولأنها مواساة ومعونة تختص القرابة فاختصت بالعصبات كالعقل. وقال أصحاب الرأي تجب النفقة على كل ذي رحم محرم ولا تجب على غيرهم لقول الله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] وقال مالك والشافعي وابن المنذر لا نفقة إلا على المولودين والوالدين لأن النبي ﷺ سأله عندي دينار؟ قال: «أنفقه على نفسك، قال عندي آخر؟ قال: أنفقه على أهلك. قال عندي آخر؟ قال: «أنفقه على خادمك. قال عندي آخر؟ قال أنت أعلم به» ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء، ولأن الشرع إنما

ورد بنفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكامها فلا يصح قياسه عليهم.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ له رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ثم قال: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فأوجب على الأب نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فأوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد.

وروي أن رجلاً سأل النبي ﷺ: «من أبر؟ قال أمك وأباك وأختك وأخاك» وفي لفظ: «ومولاك الذي هو أدناك حقاً واجباً ورحماً موصولاً» رواه أبو داود. وهذا نص لأن النبي ﷺ ألزمه الصلة والبر والنفقة من الصلة جعلها حقاً واجباً، وما احتج به أبو حنيفة حجة عليه فإن اللفظ عام في كل ذي رحم فيكون حجة عليه فيمن عدا ذا الرحم المحرم وقد اختصت بالوارث في الإرث فكذلك في الإنفاق. وأما خبر أصحاب الشافعي فقضية في عين يحتمل أنه لم يكن له غير من أمر بالإنفاق عليه، ولهذا لم يذكر الوالد والأجداد وأولاد الأولاد، وقولهم: لا يصح القياس: قلنا: إنما أثبتناه بالنص ثم إنهم قد ألحقوا أولاد الأولاد بالأولاد مع التفاوت فبطل ما قالوه. إذا ثبت هذا، فإنه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب لعموم الآية ولا يتناول ذوي الأرحام على ما مضى بيانه، فإن كان اثنان يرث أحدهما الآخر ولا يرثه الآخر كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها فالنفقة على الوارث دون الموروث. نص عليه أحمد في رواية ابن زياد فقال: يلزم الرجل نفقة عمته ولا يلزمه نفقة بنت أخته، وذكر أصحابنا رواية أخرى: لا تجب النفقة على الوارث ها هنا لقول أحمد: العمة والخالة لا نفقة لهما إلا أن القاضي قال: هذه الرواية محمولة على العمة من الأم فإنه لا يرثها لكونه ابن أخيها من أمها، وقد ذكر الخرقي أن على الرجل نفقة معتقه لأنه وارثه. ومعلوم أن المعتق لا يرث معتقه ولا تلزمه نفقته فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيه وابنة عمه وابنة أخته كذلك ولا يلزمهن نفقته وهذا هو الصحيح إن شاء الله لقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وكل واحد من هؤلاء وارث.

مسألة: قال: (فإن كان للصبي أم وجد فعلى الأم ثلث النفقة وعلى الجد ثلثا النفقة)

وجملته: أنه إذا لم يكن للصبي أب فالنفقة على وارثه، فإن كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه، وإن كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة بينهم على قدر إرثهم منه، فإذا كان له أم وجد فعلى الأم الثلث والباقي على الجد لأنهما يرثانه كذلك، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي النفقة كلها على الجد لأنه ينفرد بالتعصيب فأشبه الأب. وقد ذكرنا رواية أخرى عن أحمد: أن النفقة على العصبات خاصة.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٣] والأم وارثة فكان عليها بالنص ولأنه معنى يستحق بالنسب فلم يختص به الجد دون الأم كالوارثة.

فصل: وإن اجتمع ابن وبنت فالنفقة بينهما أثلاثاً كالميراث، وقال أبو حنيفة النفقة عليهما سواء لأنهما سواء في القرب. وإن كان أم وابن فعلى الأم السدس والباقي على الابن، وإن كانت بنت وابن ابن فالنفقة بينهما نصفين، وقال أبو حنيفة النفقة على البنت لأنها أقرب، وقال الشافعي في هذه المسائل الثلاث: النفقة على الابن لأنه العصبة، وإن كانت له أم وبنت فالنفقة بينهما أرباعاً لأنهما يرثانه كذلك. وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: النفقة على البنت لأنها تكون عصبة مع أخيها، وإن كانت له بنت وابن بنت فالنفقة على البنت، وقال أصحاب الشافعي: أحد الوجهين: النفقة على ابن البنت لأنه ذكر.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فرتب النفقة على الإرث، فيجب أن تترتب في المقدار عليه وإيجابها على ابن البنت بخلاف النص والمعنى فإنه ليس بعصبة ولا وارث فلا معنى لإيجابها عليه دون البنت الوارثة.

مسألة: قال: (فإن كانت جدة وأخاً، فعلى الجدة سدس النفقة والباقي على الأخ وعلى هذا المعنى حساب النفقات)

يعني أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث، فكما أن للجدة ها هنا سدس الميراث فعليها سدس النفقة، وكما أن الباقي للأخ فكذلك الباقي من النفقة عليه، وعند من لا يرى النفقة على غير عمودي النسب يجعل النفقة كلها على الجدة، وهذا أصل قد سبق الكلام فيه، فإن اجتمع بنت وأخت أو بنت وأخ أو بنت وعصبة أو أخت وعصبة أو أخت وأم أو بنت وبنت ابن أو أخت لأبوين وأخت لأب أو ثلاث أخوات متفرقات فالنفقة بينهم على قدر الميراث في ذلك سواء كان في المسألة رد أو عول أو لم يكن وعلى هذا تحسب ما أتاك من مسائل، وإن اجتمع أم أم وأم أب فهما سواء في النفقة لاستوائهما في الميراث.

فصل: فإن اجتمع أبو أم فالنفقة على أم الأم لأنها الوارثة؛ وإن اجتمع أبو أب فعلى أم الأب السدس والباقي على الجد، وإن اجتمع جد وأخ فهما سواء وإن اجتمعت أم وأخ وجد فالنفقة بينهم أثلاثاً، وقال الشافعي النفقة على الجد في هذه المسائل كلها إلا المسألة الأولى فالنفقة عليهما بالسوية، وقد مضى الكلام على أصل هذا فيما تقدم.

فصل: فإن كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه بقدر ميراثه، فإن انكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه في الإنفاق، وإن بان أنه أنفق أقل رجع عليه، فلو كان للرجل ابن وولد خنثى عليهما نفقته فأنفقا عليه ثم بان أن الخنثى ابن رجع عليه أخوه بالزيادة وإن بان بنتاً رجعت على أخيها بفضل نفقتها لأن من له الفضل أدى ما لا يجب عليه أداؤه معتقداً وجوبه، فإذا تبين خلافه رجع بذلك. كما لو أدى ما يعتقده ديناً فأبان بخلافه.

فصل: فإن كان له قرابتان موسران وأحدهما محجوب عن ميراثه فقير فقد ذكرنا أنه إن كان المحجوب من عمودي النسب فالظاهر أن الحجب لا يسقط النفقة عنه، وإن كان من غيرهما فلا نفقة عليه، فعلى هذا إذا كان له أبوان وجد والأب معسر كان الأب كالمعدوم فيكون على الأم ثلث النفقة والباقي على الجد، وإن كان معهم زوجة فكذلك. وإن قلنا: لا نفقة على المحجوب فليس على الأم ها هنا إلا ربع النفقة ولا شيء على الجد، وإن كان أبوان وأخوان وجد والأب معسر فلا شيء على الأخوين لأنهما محجوبان وليسا من عمودي النسب ويكون على الأم الثلث والباقي على الجد كما لو لم يكن أحد غيرهما، ويحتمل أن لا يجب على الأم إلا السدس لأنه لو كان الأب معدوماً لم ترث إلا السدس، وإن قلنا: إن كل محجوب لا نفقة عليه، فليس على الأم إلا السدس ولا شيء على غيرها وإن لم يكن في المسألة جد فالنفقة كلها على الأم على القول الأول، وعلى الثاني ليس عليها إلا السدس، وإن قلنا: إن على المحجوب بالمعسر النفقة وإن كان من غير عمودي النسب فعلى الأم السدس والباقي على الجد والأخوين أثلاثاً كما يرثون إذا كان الأب معدوماً، وإن كان بعض من عليه النفقة غائباً وله مال حاضر أنفق الحاكم منه حصته، وإن لم يوجد له مال حاضر فأمكن الحاكم الاقتراض عليه اقترض، فإذا قدم فعليه وفاؤه.

فصل: ومن لم يفضل عن قوته إلا نفقة شخص وله امرأة فالنفقة لها دون الأقارب لقول النبي ﷺ، في حديث جابر: «إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه، فإن كان له فضل فعلى عياله، فإن كان له فضل فعلى قرابته» ولأن نفقة القريب مواساة ونفقة المرأة تجب على سبيل المعاوضة، فقدمت على مجرد المواساة ولذلك وجبت مع يسارهما وإعسارهما، ونفقة القريب بخلاف ذلك، ولأن نفقة الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القرابة كنفقة نفسه، ثم من بعدها نفقة الرقيق لأنها تجب مع اليسار والإعسار فقدمت على مجرد المواساة، ثم من بعد ذلك الأقرب فالأقرب. فإن اجتمع أب وجد وابن وابن ابن قدم الأب على الجد والابن على ابنه، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين: يستوي الأب والجد والابن وابنه لتساويهم في الولادة والتعصيب.

ولنا: إن الأب والابن أقرب وأحق بميراثه فكانا أحق كالأب مع الأخ. وإن اجتمع ابن وجد أو أب وابن ابن احتمل وجهين: **أحدهما**: تقديم الابن والأب لأنهما أقرب فإنهما يليانه بغير واسطة ولا يسقط إرثهما بحال، والجد وابن الابن بخلافهما، ويحتمل التسوية بينهما لأنهما سواء في الإرث والتعصيب والولادة، وإن اجتمع جد وابن ابن فهما سواء لتساويهما في القرب والإرث والولادة والتعصيب، ويحتمل فيهما ما يحتمل في الأب والابن على ما سنذكره.

فصل: وإن اجتمع أب وابن فقال القاضي إن كان الأبن صغيراً أو مجنوناً قدم لأن نفقته وجبت بالنص مع أنه عاجز عن الكسب، والأب قد يقدر عليه وإن كان الابن كبيراً والأب زمن فهو أحق لأن حرمته آكد وحاجته أشد، ويحتمل تقديم الابن لأن نفقته وجبت بالنص، وإن كانا صحيحين فقيرين ففيهما ثلاثة أوجه:

أحدها: التسوية بينهما لتساويهما في القرب وتقابل مرتبتهما. والثاني: تقديم الابن لوجوب نفقته بالنص. والثالث: تقديم الأب لتأكد حرمته، وإن اجتمع أبوان. ففيهما الوجوه الثلاثة:

أحدها: التسوية لما ذكرنا والثاني: تقديم الأم لأنها أحق بالبر ولها فضيلة الحمل والرضاع والتربية وزيادة الشفقة وهي أضعف وأعجز والثالث: تقديم الأب لفضيلته وانفراده بالولاية على ولده واستحقاق الأخذ من ماله وإضافة النبي ﷺ الولد وماله إليه بقوله: «أنت ومالك لأبيك» والأول أولى، وإن اجتمع جد وأخ احتمل التسوية بينهما لاستوائهما في استحقاق ميراثه والصحيح أن الجد أحق لأنه له مزية الولادة والأبوة ولأن ابن ابنه يرثه ميراث ابن ويرث الأخ ميراث أخ وميراث الابنِ آكد فالنفقة الواجبة به تكون آكد. وإن كان مكان الأخ ابن أخ أو عم فالجد أولى بكل حال.

فصل: والواجب في نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والأدم والكسوة بقدر العادة على ما ذكرناه في الزوجة لأنها وجبت للحاجة فتقدرت بما تندفع به الحاجة. وقد قال النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية «فإن احتاج إلى خادم فعليه إخدامه كما قلنا في الزوجة لأن ذلك من تمام كفايته.

مسألة: قال: (وعلى المعتق نفقة معتقه إذا كانَ فقيراً لأنه وارثه)

هذا مبني على الأصل الذي تقدم وأن النفقة تجب على الوارث والمعتق وارث عتيقه فتجب عليه نفقته إذا كان فقيراً ولمولاه يسار ينفق عليه منه. وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لا تجب عليه نفقته بناء على أصولهم التي ذكرناها.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقال النبي ﷺ: «أمك وأباك، وأختك وأخاك، ثم أدناك أدناك، ومولاك الذي يلي ذاك، حقاً واجباً ورحماً موصولاً» ولأنه يرثه بالتعصيب فكانت عليه نفقته كالأب، ويشترط في وجوب الإنفاق عليه الشروط المذكورة في غيره.

فصل: فإن مات مولاه فالنفقة على الوارث من عصباته على ما بين في باب الولاء. ويجب على السيد نفقة أولاد عتيقه إذا كان له عليهم ولاء لأنه عصبتهم ووارثهم، وعليه نفقة أولاد معتقه إذا كان أبوهم عبداً كذلك. فإن أعتق أبوهم فانجر الولاء إلى معتقه صار ولاؤه لمعتق أبيهم ونفقتهم عليه إذا كملت الشروط، وليس على المعتق نفقة معتقه إذا كان فقيراً لأنه لا يرثه فإن كان كل واحد منهما مولى صاحبه مثل أن يعتق الحربي عبداً ثم يسبي العبد سيده فيعتقه فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر لأنه يرثه.

مسألة: قال: (وإذا زوجت الأمة لزم زوجها أو سيده إن كان مملوكاً نفقتها)

وجملته أن زوج الأمة لا يخلو إما أن يكون حراً أو عبداً أو بعضه حر وبعضه عبد فإن كان حراً فنفقتها عليه للنص واتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن البالغين والأمة داخلة في عمومهن، ولأنها زوجة ممكنة من نفسها فوجب على زوجها نفقتها كالحرة وإن كان زوجها مملوكاً فالنفقة واجبة لزوجته لذلك. قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن على العبد نفقة زوجته هذا قول الشعبي والحكم والشافعي وبه قال أصحاب الرأي إذابوأها بيتاً. وحكي عن مالك أنه قال: ليس عليه نفقتها لأن النفقة مواساة وليس هو من أهلها ولذلك لا تجب عليه نفقة أقاربه ولا زكاة ماله.

ولنا: إنها عوض واجب في النكاح فوجبت على العبد كالمهر، والدليل على أنها عوض أنها تجب في مقابلة التمكين ولهذا تسقط عن الحر بفوات التمكين وفارق نفقة الأقارب. إذا ثبت وجوبها على العبد فإنها تلزم سيده لأن السيد أذن له في النكاح المفضي إلى إيجابها، وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى: أنها تجب في كسب العبد وهو قول أصحاب الشافعي لأنه لم يمكن إيجابها في ذمته ولا رقبته ولا ذمة سيده ولا إسقاطها فلم يبق إلا أن تتعلق بكسبه، وقال القاضي تتعلق برقبته لأن الوطء في النكاح بمنزلة الجناية وأرش جناية العبد يتعلق برقبته يباع فيها أو يفديه سيده وهذا قول أصحاب الرأي.

ولنا: إنه دين أذن السيد فيه فلزم ذمته كالذي استدانه وكيله. وقولهم إنه في مقابلة الوطء غير صحيح فإنه يجب من غير وطء ويجب للرتقاء والحائض والنفساء وزوجة المجبوب والصغير وإنما يجب بالتمكين وليس ذلك بجناية ولا قائم مقامها. وقول من قال إنه تعذر إيجابه في ذمة السيد غير صحيح فإنه لا مانع من إيجابه وقد ذكرنا وجود مقتضيه فلا معنى لدعوى التعذر.

مسألة: قال: (وإن كانت أمة تأوي بالليل عند الزوج وبالنهار عند المولى أنفق كل واحد منهما مدة مقامها عنده)

هذه المسألة قد تقدمت وذكرنا أن النفقة في مقابلة التمكين وقد وجد منها في الليل فتجب على الزوج النفقة فيه والباقي منها على السيد بحكم أنها مملوكته لم تجب لها نفقة على غيره في هذا الزمن، فيكون على هذا على كل واحد منهما نصف النفقة وهذا أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر لا نفقة لها على الزوج لأنها لم تمكن من نفسها في جميع الزمان فلم يجب لها شيء من النفقة كالحرة إذا بذلت نفسها في أحد الزمانين دون الآخر.

ولنا: إنه وجد التمكين الواجب بعقد النكاح استحقت النفقة كالحرة إذا مكنت من نفسها في غير أوقات الصلوات المفروضات والصوم الواجب والحج المفروض، وفارق الحرة إذا امتنعت في أحد الزمانين فإنها لم تبذل الواجب فتكون ناشزاً وهذه ليست ناشزاً ولا عاصية.

مسألة: قال: (فإن كان لها ولد لم تلزمه نفقة ولده حراً كان أو عبداً. ونفقتهم على سيدهم)

يعني الأمة ليس على زوجها نفقة ولده منها وإن كان حراً لأن ولد الأمة عبد لسيدها فإن الولد يتبع أمه في الرق والحرية فتكون نفقتهم على سيدهم دون أبيهم فإن العبد أخص بسيده من أبيه ولذلك لا ولاية بينه وبين أبيه ولا ميراث ولا إنفاق وكل ذلك للسيد، وقد رويت عن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى أن ولد العربي يكون حراً وعلى أبيه فداؤه، فعلى هذا تكون نفقتهم عليه، ولو أعتق الولد سيده أو علق عتقه بولادة أو تزوج الأمة على أنها حرة فولده منها أحرار وعلى أبيهم نفقتهم في هذه المواضع كلها إذا كان حراً وتحققت فيه شرائط الإنفاق.

فصل: وإذا طلق الأمة طلاقاً رجعياً فلها النفقة في العدة لأنها زوجة، وإن أبانها وهي حائل فلا نفقة لها لأنها لو كانت حرة لم يكن لها نفقة فالأمة أولى وإن كانت حاملاً فلها النفقة لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] نص على هذا أحمد، وبه قال إسحاق، وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله في نفقة الحامل روايتان هل هي للحمل أو للحامل بسببه؟

إحداهما: هي للحمل فعلى هذا لا تجب للمملوكة الحامل البائن نفقة لأن الحمل مملوك لسيدها فنفقته عليه وللشافعي في هذا قولان كالروايتين.

فصل: وإن طلق العبد زوجته الحامل طلاقاً بائناً انبنى على وجوب النفقة على الروايتين في النفقة هل هي للحمل أو للحامل؟ فإن قلنا هي للحمل فلا نفقة على العبد وبه قال مالك وروي ذلك عن الشعبي لأنه لا تجب عليه نفقة ولده وإن قلنا هي للحامل بسببه وجبت لها النفقة وهذا قول الأوزاعي: لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] ولأنها حامل فوجبت لها النفقة كما لو كان زوجها حراً.

فصل: والمعتق بعضه عليه من نفقة امرأته بقدر ما فيه من الحرية وباقيها على سيده أو ضريبته أو في رقبته على ما ذكرنا في العبد، والقدر الذي يجب عليه بالحرية يعتبر فيه حاله إن كان موسراً فنفقة الموسرين وإن كان معسراً فنفقة المعسرين والباقي تجب فيه نفقة المعسرين لأن النفقة مما يتبعض وما يتبعض بعضناه في حق المعتق بعضه كالميراث والديات وما لا يتبعض فهو فيه كالعبد لأن الحرية إما شرط فيه أو سبب له فلم يكمل. وهذا اختيار المزني وقال الشافعي حكمه حكم القن في الجميع إلحاقاً لأحد الحكمين بالآخر.

ولنا: إنه يملك بنصفه الحر ملكاً تاماً ولهذا يورث عنه ويكفر بالإطعام ويجب فيه نصف دية الحر فوجب أن تتبعض نفقته لأنها من جملة الأحكام القابلة للتبعيض. فأما نفقة أقاربه فيلزمه منها بقدر ميراثه لأن النفقة تنبني على الميراث تلزمه كلها لأنها لا تتبعض، وعند الشافعي لا يلزمه شيء لأن حكمه حكم العبيد وقد سبق الكلام في هذا.

مسألة: قال: (وليس على العبد نفقة ولده حرة كانت الزوجة أو أمة)

أما إذا كانت زوجة العبد حرة فولدها أحرار لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية وليس على العبد نفقة أقاربه الأحرار لأن نفقتهم تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها، وأما إذا كانت زوجته مملوكة فولدها عبيد لسيدها لأنهم يتبعونها فتكون نفقتهم على سيدهم.

فصل: وحكم المكاتب في نفقة الزوجات والأولاد والأقارب حكم العبد القن لأنه عبد ما بقي عليه درهم إلا أنه إذا كانت له زوجة أنفق عليها من كسبه لأن نفقة الزوجة واجبة بحكم المعاوضة مع اليسار والإعسار ولذلك وجبت على العبد فعلى المكاتب أولى. ولأن نفقة المرأة لا تسقط عن أحد من الناس إذا لم يوجد منها ما يسقط نفقتها ولا يمكن إيجابها على سيده لأن نفقة المكاتب لا تجب على سيده فنفقة امرأته أولى. فأما نفقة أولاده وأقاربه الأحرار فلا تجب عليه لأنها تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها ولذلك لا تجب عليه الزكاة في ماله ولا الفطرة في بدنه فإن كانت زوجته حرة فنفقة أولادها عليها لأنهم يتبعونها في الحرية، وإن كان لهم أقارب أحرار كجد حر وأخ حر مع الأم أنفق كل واحد منهم بحسب ميراثه والمكاتب كأنه معدوم بالنسبة إلى النفقة.

مسألة: قال: (وعلى المكاتبة نفقة ولدها دون أبيه المكاتب)

وجملته أن المكاتب إذا كان له ولد ولم يخل إما أن يكون من زوجته أو من أمته فإن كان من زوجته وكانت مكاتبة فولدها يتبعونها في الكتابة ويكونون موقوفين على كتابتها إن رقت رقوا وإن عتقت بالأداء عتقوا فتكون نفقتهم عليها مما في يديها لأنهم في حكم نفسها ونفقتها مما في يديها فكذلك على ولدها وأما زوجها المكاتب فليس عليه نفقتهم لأنهم عبيد لسيد المكاتبة، وإن كانت زوجته حرة أو أمة فقد بينا حكمهم، وإن أراد المكاتب التبرع بالإنفاق على ولده وكان من أمة أو مكاتبة لغير سيده أو حرة لم يكن له ذلك لأن فيه تغريراً بمال سيده، وإن كان من أمة لسيده، جاز لأنه مملوك لسيده فهو ينفق عليه من المال الذي تعلق به حق سيده وإن كان من مكاتبة لسيده احتمل الجواز لأنه في الحال بمنزلة أمه وأمه مملوكة لسيدها ويحتمل أن لا يجوز لأن فيه تغريراً إذ لا يحتمل أن يعجز هو وتؤدي المكاتبة فيعتق ولدها فيحصل الإنفاق عليها من مال سيده ويصير حراً.

مسألة: قال: (وعلى المكاتب نفقة ولده من أمته)

أما ولد المكاتب من أمته فنفقتهم عليه لأن ولده من أمته تابع له يرق برقه ويعتق بعتقه فجري مجرى نفسه في النفقة فكما أن المكاتب ينفق على نفسه فكذلك على ولده الذي هذا حاله ولأن هذا الولد ليس له من ينفق عليه سوى أبيه فإن أمه أمة للمكاتب وليس له من الأحرار أقارب فيتعين على المكاتب الإنفاق عليه كأمه ولأنه لا ضرر على السيد في إنفاق المكاتب على ولده من أمته لأنه إن أدى وعتق فقد وفى مال الكتابة وليس للسيد أكثر منها وإن عجز ورق عاد إليه المكاتب وولده الذي أنفق عليه فكأنه إنما أنفق على عبده وتصير نفقته عليه كنفقته على سائر رقيقه.

فصل: وليس للمكاتب أن يتسرى بأمته إلا بإذن سيده لأن ملكه غير تام وعلى السيد

ضرر في تسريه بها لما فيه من التغرير بها ، وإن أذن له سيده في ذلك جاز لأن المنع لحقه فجاز بإذنه كما لو أذن لعبده القن، وإن وطىء بغير إذنه فلا حد عليه لأنه وطىء مملوكته فإن أولدها في الموضعين صارت أم ولد له ليس له بيعها ولا بيع ولده فإن عتق عتق ولدها وصارت الأمة أم ولد تعتق بموته وإن رق رقت هي وولدها وصارت أمة لسيده والمكاتب وولده عبدان له ويلزم المكاتب الإنفاق على عبيده وإمائه وأمهات أولاده لأنهم ملك له فلزمه الإنفاق عليهم كبهائمه .

باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج

مسألة: قال رحمه الله: (وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ فلم تمنعه نفسها ولا منعه أولياؤها لزمته النفقة)

وجملة ذلك: أن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين:

أحدهما: أن تكون كبيرة يمكن وطؤها فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقة لها. وبهذا قال الحسن وبكر بن عبد الله المزني والنخعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو منصوص عن الشافعي. وقال في موضع لو قيل لها النفقة كان مذهباً. وهذا قول الثوري لأن تعذر الوطء لم يكن يفعلها فلم يمنع وجوب النفقة لها كالمرض.

ولنا: إن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها وبهذا يبطل ما ذكروه ويفارق المريضة فإن الاستمتاع بها ممكن وإنما نقص بالمرض ولأن من لا تمكن الزوج من نفسها لا يلزم الزوج نفقتها فهذه أولى لأن تلك يمكن الزوج قهرها والاستمتاع بها كرهاً وهذه لا يمكن ذلك فيها بحال.

الشرط الثاني: أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها فأما إن منعت نفسها أو منعها أولياؤها أو تساكتا بعد العقد فلم تبذل ولم يطلب فلا نفقة لها وإن أقاما زمناً فإن النبي ﷺ تزوج عائشة ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق إلا بعد دخوله ولم يلتزم نفقتها لما مضى ولأن النفقة تجب في مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح فإذا وجد استحقت وإذا فقد لم تستحق شيئاً ولو بذلت تسليماً غير تام بأن تقول أسلم إليك نفسي في منزلي دون غيره أو في الموضع الفلاني دون غيره لم تستحق شيئاً إلا أن تكون قد اشترطت ذلك في العقد لأنها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة كما لو قال البائع أسلم إليك السلعة على أن تتركها في موضعها أو في مكان بعينه وإن شرطت دارها أو بلدها فسلمت نفسها في ذلك استحقت النفقة لأنها سلمت التسليم الواجب عليها ولذلك لو سلم السيد أمته المزوجة ليلاً دون النهار استحقت النفقة

وفارق الحرة فإنها لو بذلت تسليم نفسها في بعض الـزمان لم تستحق شيئـاً لأنها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد وكذلك إن أمكنته من الاستمتاع ومنعته استمتاعاً لم تستحق شيئاً لذلك.

فصل: وإن غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه بل تجب عليـه في زمن غيبته لأنها استحقت النفقة بالتمكين ولم يوجد منها ما يسقـطها وإن غـاب قبل تمكينهـا فلا نفقة لها عليه لأنه لم يوجد الموجب لها فإن بذلت التسليم وهو غائب لم تستحق نفقته لأنها بذلتـه في حال لا يمكنه التسليم فيه لكن إن مضت إلى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم إلى حـاكم البلد الذي هو فيه ليستدعيه ويعلمه ذلك فإن سار إليها أو وكل من يسلمها إليه فوصل وسلمها هو أو نائبه وجبت النفقة حينئذ وإن لم يفعل فـرض الحاكم عليـه نفقتها من الـوقت الذي كـان يمكن الوصول إليها ويسلمها فيه لأن الزوج امتنـع من تسلمها مـع إمكان ذلـك وبذلهـا إياه لـه فلزمته نفقتها كما لو كان حاضراً وإن كانت الزوجة صغيرة يمكن وطؤها أو مجنونة فسلمت نفسها إليه فتسلمها لزمته نفقتها كالكبيرة وإن لم يتسلمها لمنعها نفسها أو منع أوليائها فلا نفقة لها عليـه وإن غاب الزوج فبذل وليها تسليمها فهو كما لو بـذلت المكلفة التسليم فـإن وليها يقـوم مقامهـا وإن بذلت هي دون وليها لم يفرض الحاكم النفقة لها لأنه لا حكم لكلامها.

مسألة: قال: (وإذا كانت بهـذه الحال التي وصفت وزوجها صبي أجبر وليـه على نفقتها من مال الصغير فإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما)

يعني إذا كانت المرأة كبـيرة يمكن الاستمتاع بهـا فمكنت من نفسها أو بـذلت تسليمها ولم تمنع نفسها ولا منعها أولياؤها فعلى زوجها الصبي نفقتها وبهذا قال أبو حنيفة ومحمـد بن الحسن والشافعي في أحد قوليه، وقال في الآخر لا نفقـة لها وهـو قول مـالك لأن الـزوج لا يتمكن من الاستمتاع بها فلم تلزمه نفقتها كما لو كانت غائبة أو صغيرة.

ولنا: إنها سلمت نفسها تسليماً صحيحاً فوجبت لها النفقة كما لـو كان الـزوج كبيراً ولأن الاستمتاع بها ممكن وإنما تعذر من جهة الزوج كما لو تعذر التسليم لمرضه أو غيبته وفـارق ما إذا غابت أو كانت صغيرة فإنها لم تسلم نفسها تسليماً صحيحاً ولم تبذل ذلـك فعلى هـذا يجبر الـولي على نفقتها من مال الصبي لأن النفقة على الصبي، وإنما الولي ينوب عنه في أداء الواجبات عليه كما يؤدي أروش جناياته وقيم متلفاته وزكواته، وإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فـرق الحاكم بينهما كما ذكرنا في حق الكبير، فإن كان له مال وامتنع الـولي من الإنفاق أجـبره الحاكم بـالحبس فإن لم ينفق أخذ الحاكم من مال الصبي وأنفق عليها فإن لم يمكنه وصبر الولي على الحبس وتعذر الإنفاق فرق الحاكم بينهما إذ طلبت ذلك على ما ذكرنا في حق الكبير وذكر القاضي في الكبير أنه لا يفرق بينهما فكذلك ها هنا مثله لأنهما سواء في وجوب الإنفاق عليهما فكذلك في أحكامه.

فصل: وإن بذلت الرتقاء أو الحائض أو النفساء أو النضوة الخلق التي لا يمكن وطؤها أو المريضة تسليم نفسها لزمته نفقتها وإن حدث بها شيء من ذلك. لم تسقط نفقتها لأن الاستمتاع ممكن ولا تفـريط من جهتها، وإن منـع من الوطء ويفـارق الصغـيرة فـإن لهـا حـالاً يتمكن من

الاستمتاع بها فيها استمتاعاً تاماً، والظاهر أنه تزوجها انتظاراً لتلك الحال بخلاف هؤلاء ولذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن، ولو طلب تسليم الصغيرة لم يجب فإن قيل فلو بذلت الصحيحة الاستمتاع بما دون الوطء لم تجب لها النفقة فكذلك هؤلاء قلنا لأن تلك منعت مما يجب عليها وهؤلاء لا يجب عليهن التمكين مما فيه ضرر فإن ادعت أن عليها ضرراً في وطئه لضيق فرجها أو قروح به أو نحو ذلك وأنكره أريت امرأة ثقة وعمل بقولها وإن ادعت عبالة ذكره وعظمه جاز أن تنظر المرأة إليهما حال اجتماعهما لأنه موضع حاجة ويجوز النظر إلى العورة للحاجة والشهادة.

مسألة: قال: (وإن طالب الزوج بالدخول وقالت لا أسلم نفسي حتى أقبض صداقي كان ذلك لها ولزمته النفقة إلى أن يدفع إليها صداقها)

وجملته: أن للمرأة أن تمنع نفسها حتى تتسلم صداقها لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضي إلى أن يستوفي منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها فلا يمكنها الرجوع فيما استوفي منها بخلاف المبيع إذا تسلمه المشتري ثم أعسر بالثمن فإنه يمكنه الرجوع فيه فلهذا ألزمناه تسليم صداقها أولاً وجعلنا لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها لأنه إذا سلم إليها الصداق ثم امتنعت من تسليم نفسها أمكن الرجوع فيه إذا ثبت هذا فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها فلها نفقتها لأنها امتنعت لحق فإن قيل فلو امتنعت لصغر أو مرض لم يلزمه نفقتها قلنا الفرق بينهما أن امتناعها لمرض لمعنى من جهتها وكذلك الامتناع للصغر وها هنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج وهو منعه لما وجب لما عليه فأشبه ما لو تعذر الاستمتاع لصغر الزوج فإنه لا تسقط نفقتها عنه، ولو تعذر لصغرها لا تلزمه نفقتها.

فصل: إذا سافرت زوجته بغير إذنه سقطت نفقتها عنه لأنها ناشز، وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه، وإن سافرت بإذنه في حاجته فهي على نفقتها لأنها سافرت في شغله ومراده وإن كان حاجة نفسها سقطت نفقتها لأنها فوتت التمكين لحظ نفسها وقضاء حاجتها فأشبه ما لو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها إلا أن يكون مسافراً معها متمكناً من استمتاعها فلا تسقط نفقتها لأنها لم تفوت التمكين فأشبهت غير المسافرة، ويحتمل أن لا تسقط نفقتها وإن لم يكن معها لأنها مسافرة بإذنه أشبه ما لو سافرت في حاجته وسواء كان سفرها لتجارة أو حج تطوع أو زيارة ولو أحرمت بحج تطوع بغير إذنه سقطت نفقتها لأنها في معنى المسافرة، وإن أحرمت به بإذنه فقال القاضي لها النفقة. والصحيح أنها كالمسافرة لأنها بإحرامها مانعة له من التمكين فهي كالمسافرة لحاجة نفسها على ما ذكرناه. وإن أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة في الوقت الواجب من الميقات فلها النفقة لأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع في وقته فلم تسقط نفقتها كما لو صامت رمضان. وإن قدمت الإحرام على الميقات أو قبل الوقت خرج فيها من القول ما في المحرمة بحج التطوع لأنها فوتت عليه التمكين بشيء مستغنى عنه.

فصل: فإن اعتكفت فالقياس أنه كسفرها إن كان بغير إذنه فهي ناشز لخروجها من منزل زوجها بغير إذنه فيما ليس بواجب بأصل الشرع وإن كان بإذنه فلا نفقة لها على قول الخرقي، وقال القاضي لها النفقة، وإن صامت رمضان لم تسقط نفقتها لأنه واجب مضيق بأصل الشرع لا يملك منعها منه فلم تسقط نفقتها كالصلاة ولأنه يكون صائماً معها فيمتنع الاستمتاع لمعنى وجد فيه، وإن كان تطوعاً لم تسقط نفقتها لأنها لم تخرج عن قبضه ولم تأت بما يمنعه من الاستمتاع بها فإنه يمكنه تفطيرها ووطؤها فإن أراد ذلك منها فمنعته نفسها سقطت نفقتها بامتناعها من التمكين الواجب وإن كان صوماً منذوراً معلقاً بوقت معين فقال القاضي لها النفقة لأن أحمد نص على أنه ليس له منعها ويحتمل أنه إن كان نذرها قبل النكاح أو كان النذر بإذنه لم تسقط نفقتها لأنه كان واجباً عليها بحق سابق على نكاحه أو واجب أذن في سببه وإن كان النذر في نكاحه بغير إذنه فلا نفقة لها لأنها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها بالنذر الذي لم يوجبه الشرع عليها ولا ندبها إليه. وإن كان النذر مطلقاً أو كان صوم كفارة فصامت بإذنه فلها النفقة لأنها أدت الواجب بإذنه فأشبه ما لو صامت المعين في وقته وإن صامت بغير إذنه فقال القاضي لا نفقة لها لأنها يمكنها تأخيره فإنه على التراخي وحق الزوج على الفور وإن كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته فكذلك وإن كان وقته مضيقاً مثل أن قرب رمضان الآخر فعليه نفقتها لأنه واجب مضيق بأصل الشرع أشبه أداء رمضان.

مسألة: قال: (وإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فلا سكنى لها ولا نفقة إلا أن تكون حاملاً)

وجملة الأمر: أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً فإما أن يكون ثلاثاً أو بخلع أو بانت بفسخ وكانت حاملاً فلها النفقة والسكنى بإجماع أهل العلم لقول الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس «لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً» ولأن الحمل ولده فيلزمه الإنفاق عليه ولا يمكنه النفقة عليه إلا بالإنفاق عليها فوجب كما وجبت أجرة الرضاع، وإن كانت حائلاً فلا نفقة لها. وفي السكنى روايتان: إحداهما: لها ذلك هو قول عمر وابنه وابن مسعود وعائشة وفقهاء المدينة السبعة ومالك والشافعي للآية. والرواية الثانية: لا سكنى لها ولا نفقة وهي ظاهر المذهب وقول علي وابن عباس وجابر وعطاء وطاوس والحسن وعكرمة وميمون بن مهران وإسحاق وأبي ثور وداود وقال أكثر الفقهاء العراقيين لها السكنى والنفقة وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه والبتي والعنبري لأن ذلك يروى عن عمر وابن مسعود. ولأنها مطلقة فوجبت لها النفقة والسكنى كالرجعية، وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روي عن عمر أنه قال: «لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة» وأنكرته عائشة وسعيد بن المسيب وتأولوه.

ولنا: ما روت فاطمة بنت قيس: «إن زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله ما لك علينا من شيء فجاءت رسول الله ﷺ تذكره ذلك له فقال:

ليس لك عليه نفقة ولا سكنى، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك» متفق عليه. وفي لفظ فقال رسول الله ﷺ: «انظري يا ابنة قيس إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة فإذا لم يكن عليها الرجعة فلا نفقة ولا سكنى» رواه الإمام أحمد والأثرم والحميدي وغيرهم.

قال ابن عبد البر من طريق الحجة وما يلزم منها قول أحمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأحج، لأنه ثبت عن النبي ﷺ نصاً صريحاً فأي شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي ﷺ الذي هو المبين على الله مراده؟ ولا شيء يدفع ذلك. ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦].

وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه علي وابن عباس ومن وافقهما والحجة معهم ولو لم يخالفه أحد منهم لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله ﷺ فإن قول رسول الله ﷺ حجة على عمر وعلى غيره ولم يصح عن عمر أنه قال: «لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة» فإن أحمد أنكره وقال أما هذا فلا ولكن قال: «لا تقبل في ديننا قول امرأة» وهذا أمر يرده الإجماع على قبول قول المرأة في الرواية، فأي حجة في شيء يخالفه الإجماع وترده السنة ويخالفه فيه علماء الصحابة؟ قال إسماعيل بن إسحاق نحن نعلم أن عمر لا يقول: لا ندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود في كتاب الله. والذي في الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملاً بقوله سبحانه: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن لاشتراطه الحمل في الأمر بالإنفاق.

وقد روى أبو داود وغيره من الأئمة بإسنادهم عن ابن عباس قال: «ففرق رسول الله ﷺ بينهما ـ يعني المتلاعنين ـ وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت» ولأن هذه محرمة عليه تحريماً لا تزيله الرجعة فلم يكن لها سكنى ولا نفقة كالملاعنة أو كالأجنبية. وفارقت الرجعية في ذلك، وأما الرجعية فلها السكنى والنفقة للآية والخبر والإجماع ولأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه.

فصل: فأما الملاعنة فلا سكنى لها ولا نفقة إن كانت غير حامل للخبر وكذلك إنْ كانت حاملاً فنفي حملها وقلنا: إنه ينتفي بزوال الفراش، وإن قلنا لا ينتفي بنفيه أو لم ينفه وقلنا: إنه يلحقه نسبه فلها السكنى والنفقة لأن ذلك للحمل أو لها بسببه وهو موجود فأشبهت المطلقة البائن فإن نفى الحمل فأنفقت أمه وسكنت من غير الزوج وأرضعت ثم استلحقه الملاعن لحقه ولزمته النفقة وأجر المسكن والرضاع لأنها فعلت ذلك على أنه لا أب له فإذا ثبت له أب لزمه ذلك ورجع به عليه، فإن قيل النفقة لأجل الحمل نفقة الأقارب وهي تسقط بمضي الزمان فكيف ترجع عليه بما يسقط عنه؟ قلنا بل النفقة للحامل من أجل الحمل فلا تسقط كنفقتها في الحياة، وإن سلمنا أنها للحمل إلا أنها مصروفة إليها ويتعلق بها حقها فلا تسقط بمضي الزمان كنفقتها.

فصل: فأما المعتدة من الوفاة فإن كانت حائلاً فلا سكنى لها ولا نفقة لأن النكاح قد زال بالموت وإن كانت حاملاً ففيها روايتان:

إحداهما: لها السكنى والنفقة لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة في الحياة. **والثانية**: لا سكنى لها ولا نفقة لأن المال قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها إنما هو للحمل أو من أجله، ولا يلزم ذلك الورثة لأنه إن كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه، وإن لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة، قال القاضي: وهذه الرواية أصح.

فصل: وهل تجب نفقة الحمل[1] للحامل من أجل الحمل أو للحمل فيه روايتان: **إحداهما**: تجب للحمل. اختارها أبو بكر لأنها تجب بوجوده وتسقط عند انفصاله فدل على أنها له.

والثانية: تجب لها من أجله لأنها تجب مع اليسار والإعسار فكانت له كنفقة الزوجات، ولأنها لا تسقط بمضي الزمان فأشبهت نفقتها في حياته. وللشافعي قولان كالروايتين، وينبني على هذا الاختلاف فروع، منها أنها إذا كانت المطلقة الحامل أمة وقلنا النفقة للحمل فنفقتها على سيدها لأنه ملكه، وإن قلنا لها فعلى الزوج لأن نفقتها عليه، وإن كان الزوج عبداً وقلنا هي للحمل فليس عليه نفقته لأنه لا تلزمه نفقة ولده. وإن قلنا لها فالنفقة عليه لما ذكرناه، وإن كانت حاملاً من نكاح فاسد أو وطء شبهة. وقلنا النفقة للحمل. فعلى الزوج والواطىء لأنه ولده فلزمته نفقته كما بعد الوضع، وإن قلنا للحامل فلا نفقة عليها لأنها ليست زوجة. يجب الإنفاق عليها، وإن نشزت امرأة إنسان وهي حامل وقلنا النفقة للحمل لم تسقط نفقتها. لأن نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه، وإن قلنا لها فلا نفقة لها لأنها ناشز.

فصل: ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة إليها يوماً فيوماً كما يلزمه دفع نفقة الرجعية، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يلزمه دفعها إليها حتى تضع لأن الحمل غير متحقق ولهذا وقفنا الميراث وهذا خلاف قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] ولأنها محكوم لها بالنفقة فوجب دفعها إليها كالرجعية، وما ذكروه غير صحيح. فإن الحمل يثبت بالأمارات وتثبت أحكامه في النكاح والحد والقصاص وفسخ البيع في الجارية المبيعة والمنع من الأخذ في منع الزكاة ووجوب الدفع في الدية فهو كالمتحقق، ولا يشبه هذا الميراث فإن الميراث لا يثبت إلا بمجرد الحمل فإنه يشترط له الوضع والاستهلال بعد الوضع. ولا يوجد ذلك قبله ولأننا لا نعلم صفة الحمل وقدره ووجود توريثه بخلاف مسألتنا فإن النفقة تجب بمجرد الحمل ولا تختلف باختلافه، فإذا ثبت هذا فمتى ادعت الحمل فصدقها دفع إليها إن كان حملاً فقد استوفت حقها وإن بان أنها ليست حاملاً رجع عليها سواء دفع إليها بحكم الحاكم أو بغيره وسواء شرط أنها نفقة أو لم يشترط وعنه لا يرجع والصحيح أنه يرجع لأنه دفعه على أنه واجب فإذا بان أنه ليس بواجب استرجعه كما لو قضاها ديناً فبان أنه لم يكن عليه دين، وإن أنكر حملها نظر النساء الثقات فرجع إلى قولهن، ويقبل قول المرأة الواحدة

(١) في نسخة: نفقة الحامل.

إذا كانت من أهل الخبرة والعدالة لأنها شهادة على ما لا يطلع عليه الرجال أشبه الرضاع وقد ثبت الأصل بالخبر.

فصل: ولا تجب النفقة على الزوج في النكاح الفاسد، لأنه ليس بينهما نكاح صحيح فإن طلقها أو فرق بينهما قبل الوطء فلا عدة عليها، وإن كان بعد الوطء فعليها العدة ولا نفقة لها ولا سكنى إن كانت حائلاً لأنه إذا لم يجب ذلك قبل التفريق فبعده أولى، وإن كانت حاملاً فعلى ما ذكرنا من قبل فإن قلنا لها النفقة إذا كانت حاملاً فلها ذلك قبل التفريق لأنه إذا وجب بعد التفريق فقبله أولى ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها أو بعدها لم يرجع عليها. لأنه إن كان عالماً بعدم الوجوب فهو متطوع به وإن لم يكن عالماً فهو مفرط فلم يرجع به كما لو أنفق على أجنبية وكل معتدة من الوطء في غير نكاح صحيح كالموطوءة بشبهة وغيرها إن كان يلحق الواطىء نسب ولدها فهي كالموطوءة في النكاح الفاسد، وإن كان لا يلحقه نسب كالزاني فليس عليه نفقتها حاملاً كانت أو حائلاً لأنه لا نكاح بينهما ولا بينهما ولد ينسب إليه.

مسألة: قال: (وإذا خالعت المرأة زوجها وأبرأته من حملها لم يكن لها نفقة ولا للولد حتى تفطمه)

أما إذا خالعته ولم تبرئه من حملها فلها النفقة كما لو طلقها ثلاثاً وهي حامل لأن الحمل ولده فعليه نفقته وإن أبرأته من الحمل عوضاً في الخلع صح سواء كان العوض كله أو بعضه، وقد ذكرناه في الخلع ويبرأ حين تفطمه إذا كانت قد أبرأته من نفقة الحمل وكفالة الولد إلى ذلك أو أطلقت البراءة من نفقة الحمل وكفالته لأن البراءة المطلقة تنصرف إلى المدة التي تستحق المرأة العوض عليه فيها وهي مدة الحمل والرضاع لأن المطلق إذا كان له عرف انصرف إلى العرف، وإن اختلفا في مدة الرضاع انصرف إلى حولين لقول سبحانه: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] وقال تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ثم قال: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾ [البقرة: ٢٣٣] فدل على أنه لا يجوز فصاله قبل العامين إلا بتراض منهما وتشاور، وإن قدرا مدة البراءة بزمن الحمل أو بعام أو نحو ذلك فهو على ما قدراه وهو أحسن لأنه قطع للنزاع وأبعد من اللبس والاشتباه ولو أبرأته من نفقة الحمل انصرف ذلك إلى زمن الحمل قبل وضعه. قال القاضي: إنما صح مخالعتها على نفقة الولد وهي للولد دونها لأنها في حكم المالكة لها لأنها هي القابضة لها المستحقة المتصرفة فيها فإنها في مدة الحمل هي الآكلة لها المنتفعة بها وبعد الولادة هي أجر رضاعها وهي الآخذة لها المتصرفة فيها أيضاً فصارت كملك من أملاكها فصح جعلها عوضاً، فأما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ونحو ذلك فلا يصح أن يعاوض به في الخلع لأنه ليس هو لها ولا هو في حكم ما هو لها.

مسألة: قال: (والناشز لا نفقة لها فإن كان لها منه ولد أعطاها نفقة ولدها)

معنى النشوز معصيتها لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له النكاح وأصله من الارتفاع، مأخوذ من النشز وهو المكان المرتفع، فكأن الناشز ارتفعت عن طاعة زوجها فسميت ناشزاً، فمتى امتنعت من فراشه أو خرجت من منزله بغير إذنه أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلها أو من السفر معه. فلا نفقة لها ولا سكنى في قول عامة أهل العلم، منهم الشعبي وحماد ومالك والأوزاعي والشافعي. وأصحاب الرأي وأبو ثور. وقال الحكم لها النفقة. وقال ابن المنذر لا أعلم أحداً خالف هؤلاء إلا الحكم ولعله يحتج بأن نشوزها لا يسقط مهرها فكذلك نفقتها.

ولنا: إن النفقة إنما تجب في مقابلة تمكينها بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها إليه وإذا منعها النفقة كان لها منعه التمكين فإذا منعته التمكين كان له منعها من النفقة كما قبل الدخول، وتخالف المهر فإنه يجب بمجرد العقد ولذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة، فأما إذا كان له منها ولد فعليه نفقة ولده لأنها واجبة له فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير وعليه أن يعطيها إياها إذا كانت هي الحاضعة له أو المرضعة له، وكذلك أجر رضاعها يلزمه تسليمه إليها لأنه أجر ملكته عليه بالإرضاع لا في مقابلة الاستمتاع ولا يزول بزواله.

فصل: وإذا سقطت نفقة المرأة بنشوزها فعادت عن الشوز والزوج حاضر عادت نفقتها لزوال المسقط لها ووجود التمكين المقتضي لها، وإن كان غائباً لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره أو حضور وكيله أو حكم الحاكم بالوجوب إذا مضى زمن الإمكان ولو ارتدت امرأته سقطت نفقتها فإن عادت إلى الإسلام عادت نفقتها بمجرد عودها لأن المرتدة إنما سقطت نفقتها بخروجها عن الإسلام فإذا عادت إليه زال المعنى المسقط فعادت النفقة. وفي النشوز سقطت النفقة بخروجها عن يده أو منعها له من التمكين المستحق عليها ولا يزول ذلك إلا بعودها إلى يده وتمكينه منها ولا يحصل ذلك في غيبته ولذلك لو بذلت تسليم نفسها قبل دخوله بها في حال غيبته لم تستحق النفقة بمجرد البذل كذا ها هنا والله أعلم.

باب من أحق بكفالة الطفل

كفالة الطفل وحضانته واجبة لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك، ويتعلق بها حق لقرابته لأن فيها ولاية على الطفل واستحقاقه له فيتعلق بها الحق ككفالة اللقيط. ولا تثبت الحضانة لطفل ولا معتوه لأنه لا يقدر عليها وهو محتاج إلى من يكفله فكيف يكفل غيره؟ ولا الفاسق لأنه غير موثوق به في أداء الواجب من الحضانة ولا حظ للولد في حضانته لأنه ينشأ على طريقته ولا الرقيق. وبهذا قال عطاء والثوري والشافعي وأصحاب الرأي. وقال مالك في حر له ولد حر من أمة: الأم أحق به إلا أن تباع فتنقل فيكون الأب أحق به لأنها أم مشفقة فأشبهت الحرة.

ولنا: إنها لا تملك منافعها التي تحصل الكفالة بها لكونها مملوكة لسيدها، فلم يكن لها حضانة كما لو بيعت ونقلت، ولا تثبت لكافر على مسلم. وبهذا قال مالك والشافعي وسوار والعنبري، وقال ابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأي: تثبت له لما روي عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان «أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي ﷺ فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه وقال رافع: ابنتي. فقال النبي ﷺ: اقعد ناحية. وقال لها: اقعدي ناحية. وقال: ادعواها. فمالت الصبية إلى أمها. فقال النبي ﷺ: اللهم اهدها. فمالت إلى أبيها فأخذها» رواه أبو داود.

ولنا: إنها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال ولأنها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى فإن ضرره أكثر فإنه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتزيينه له وتربيته عليه وهذا أعظم الضرر. والحضانة إنما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه. فأما الحديث فقد روي على غير هذا الوجه ولا يثبته أهل النقل وفي إسناده مقال قال ابن المنذر: ويحتمل أن النبي ﷺ علم أنها تختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصاً في حقه فأما من بعضه حر فإن لم يكن بينه وبين سيده مهايأة فلا حضانة له لأنه لا يقدر عليها لكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده، وإن كان بينهما مهايأة فقياس قول أحمد أن له الحضانة في

أيامه لأنه قال: كل ما يتجزأ فعليه النصف من كل شيء. وهذا اختيار أبي بكر. وقال الشافعي لا حضانة له لأنه كالقن عنده. وهذا أصل قد تقدم.

مسألة: قال: (والأم أحق بكفالة الطفل والمعتوه إذا طلقت)

وجملته: أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل أو معتوه فأمه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها ذكراً كان أو أنثى وهذا قول يحيى الأنصاري والزهري والثوري ومالك والشافعي وأبي ثور وإسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم أحد خالفهم. والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص: «أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني. فقال رسول الله ﷺ: أنت أحق به ما لم تنكحي» رواه أبو داود. ويروى «أن أبا بكر الصديق حكم على عمر بن الخطاب بعاصم لأمه أم عاصم وقال ريحها وشمها ولطفها خير له منك» رواه سعيد في سننه ولأنها أقرب إليه وأشفق عليه ولا يشاركها في القرب إلا أبوه وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمه أولى به من امرأة أبيه.

فصل: فإن لم تكن الأم من أهل الحضانة لفقدان الشروط التي ذكرنا فيها أو بعضها فهي كالمعدومة، وتنتقل إلى من يليها في الاستحقاق ولو كان الأبوان من غير أهل الحضانة انتقلت إلى من يليهما لأنهما كالمعدومين.

فصل: ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه وإليه الخيرة في الإقامة عند من شاء من أبويه، فإن كان رجلاً فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عنهما ويستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره عنهما، وإن كانت جارية لم يكن لها الانفراد ولأبيها منعها منه لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها، وإن لم يكن لها أب فلوليها وأهلها منعها من ذلك.

مسألة: قال: (وإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما)

وجملته: أن الغلام إذا بلغ سبعاً وليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنازعا فيه فيمن اختاره منهما فهو أولى به. قضى بذلك عمر وعلي وشريح وهو مذهب الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة لا يخير لكن قال أبو حنيفة إذا استقل بنفسه فأكل بنفسه ولبس بنفسه واستنجى بنفسه فالأب أحق به، ومالك يقول الأم أحق به حتى يعرب. وأما التخيير فلا يصح لأن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدي إلى فساده، ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع.

ولنا: ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ: «خير غلاماً بين أبيه وأمه» رواه سعيد بإسناده والشافعي وفي لفظ أبي هريرة قال: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن زوجي

يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعني؟ فقال له النبي ﷺ: هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيداً أيهما شئت. فأخذ بيد أمه فانطلقت به» رواه أبو داود ولأنه إجماع الصحابة فروي عن عمر أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه. رواه سعيد، وروي عن عمارة الجرمي أنه قال: «خيرني علي بين عمي وأمي وكنت ابن سبع أو ثمان» وروي نحو ذلك عن أبي هريرة. وهذه قصص في مظنة الشهرة ولم تنكر فكانت إجماعاً، ولأن التقديم في الحضانة يلحق به الولد فيتقدم من هو أشفق لأن حظ الولد عنده أكثر واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذا لم يكن اعتبارها بنفسها فإذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الإكرام وضده فمال إلى أحد الأبوين دل على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدم بذلك وقيدناه بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة، ولأن الأم قدمت في حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته لأنها أعرف بذلك وأقوم به فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره.

فصل: ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ثم اختار الآخر رد إليه فإن عاد فاختار الأول أعيد إليه هكذا أبداً كلما اختار أحدهما صار إليه لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه في المأكول والمشروب وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت وعند الآخر في وقت وقد يشتهي التسوية بينهما وأن لا ينقطع عنهما، وإن خيرناه فلم يختر واحداً منهما أو اختارهما معاً قدم أحدهما بالقرعة لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ولا يمكن اجتماعهما على حضانته فقدم أحدهما بالقرعة فإذا قدم بها ثم اختار الآخر رد إليه لأننا قدمنا اختياره الثاني على الأول فعلى القرعة التي هي بدل أولى.

فصل: فإن كان الأب معدوماً أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالأخ والعم وابنه قام مقام الأب فيخير الغلام بين أمه وعصبته لأن علياً رضي الله عنه خير عمارة الجرمي بين أمه وعمه، ولأنه عصبة، فأشبه الأب وكذلك إن كانت أمه معدومة أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى الجدة خير الغلام بينها وبين أبيه أو من يقوم مقامه من العصبات، فإن كان الأبوان معدومين أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى امرأة كأخته وعمته أو خالته قامت مقام أمه في التخيير بينها وبين عصباته للمعنى الذي ذكرناه في الأبوين، فإن كان الأبوين رقيقين وليس له أحد من أقاربه سواهما فقال القاضي: لا حضانة لهما عليه ولا نفقة له عليهما ونفقته في بيت المال ويسلم إلى من يحضنه من المسلمين.

فصل: وإنما يخير الغلام بشرطين. أحدهما: أن يكون جميعاً من أهل الحضانة فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة كان كالمعدوم ويعين الآخر. الثاني: أن لا يكون الغلام معتوهاً فإن كان معتوهاً كان عند الأم ولم يخير لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيراً ولذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه ولو خير الصبي فاختار أباه ثم زال عقله رد إلى الأم وبطل اختياره لأنه إنما خير حين استقل بنفسه فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى لأنها أشفق عليه وأقوم بمصالحه كما في حال طفوليته.

مسألة: قال: (وإذا بلغت الجارية سبع سنين فالأب أحق بها)

وقال الشافعي: تخير كالغلام لأن كل سن خير فيه الغلام خيرت فيه الجارية كسن البلوغ، وقال أبو حنيفة: الأم أحق بها حتى تزوج أو تحيض، وقال مالك الأم أحق بها حتى تزوج أو يدخل بها الزوج لأنها لا حكم لاختيارها ولا يمكن انفرادها فكانت الأم أحق بها كما قبل السبع.

ولنا: إن الغرض بالحضانة الحظ والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها لأنها تحتاج إلى حفظ والأب أولى بذلك فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها، ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج، وقد تزوج النبي ﷺ عائشة وهي ابنة سبع وإنما تخطب الجارية من أبيها لأنه وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفارة وأقدر على البحث فينبغي أن يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها لأن الشرع لم يرد به فيها ولا يصح قياسها على الغلام لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه ولا على سن البلوغ لأن قولها حينئذ معتبر في إذنها وتوكيلها وإقرارها واختيارها بخلاف مسألتنا ولا يصح قياس ما بعد السبع على ما قبلها لما ذكرنا في دليلنا.

فصل: إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تكون عنده ليلاً ونهاراً لأن تأديبها وتخريجها في جوف البيت من تعليمها الغزل والطبخ وغيرها ولا حاجة بها إلى الإخراج منه ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر من غير أن يخلو الزوج بأمها ولا يطيل ولا يتبسط لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما في منزل الآخر، وإن مرضت فالأم أحق بتمرضها في بيتها، وإن كان الغلام عند الأم بعد السبع لاختياره لها كان عندها ليلاً ويأخذه الأب نهاراً ليسلمه في مكتب أو في صناعة لأن القصد حظ الغلام وحظه فيما ذكرناه، وإن كان عند الأب كان عنده ليلاً ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق وقطيعة الرحم وإن مرض كانت الأم أحق بتمريضه في بيتها لأنه صار بالمرض كالصغير في الحاجة إلى من يقوم بأمره فكانت الأم أحق به كالصغير وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته سواء كان ذكراً أو أنثى لأن المرض يمنع المريض من المشي إلى والده فمشي ولده إليه أولى فأما في حال الصحة فإن الغلام يزور أمه لأنها عورة فسترها أولى والأم تزور ابنتها لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج إلى صيانة وستر. وستر الجارية أولى لأن الأم قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية.

فصل: وإذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم فالمقيم أولى بالحضانة لأن في المسافرة بالولد إضراراً به وإن كان منتقلاً إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفاً أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفاً فالمقيم أولى بالحضانة لأن في السفر به خطراً به، ولو اختار الولد السفر في هذه الحال لم يجب إليه لأن فيه تغريراً به. وإن كان البلد الذي ينتقل إليه آمناً وطريقه آمن فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المتنقل إلا أن يكون بين البلدين قريب بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه فتكون الأم على حضانتها. وقال القاضي إذا كان السفر دون مسافة القصر

فهو في حكم الإقامة وهو قول أصحاب الشافعي لأن ذلك في حكم الإقامة في غير هذا الحكم فكذلك في هذا. لأن مراعاة الأب له ممكنة والمنصوص عن أحمد ما ذكرناه وهو أولى، لأن البعد الذي يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله فأشبه مسافة القصر، وبما ذكرناه من تقديم الأب عند افتراق الدار بهما قال شريح ومالك والشافعي، وقال أصحاب الرأي إن انتقل الأب فالأم أحق به وإن انتقلت الأم إلى البلد كان فيه أصل النكاح فهي أحق وإن انتقلت إلى غيره فالأب أحق.

وحكي عن أبي حنيفة إن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق وإن انتقلت إلى بلد آخر فهي أحق لأن في البلد يمكن تعليمه وتخريجه.

ولنا: إنه اختلف مسكن الأبوين فكان الأب أحق كما لو انتقلت من بلد إلى قرية أو إلى بلد لم يكن فيه أصل النكاح، وما ذكروه لا يصح لأن الأب في العادة هو الذي يقوم بتأديب ابنه وتخريجه وحفظ نسبه فإذا لم يكن في بلده ضاع فأشبه ما لو كان في قرية، وإن انتقلا جميعاً إلى بلد واحد الأم باقية على حضانتها وكذلك إن أخذه الأب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت إلى الأم حضانتها، وغير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها وغير الأب من عصبات الولد يقوم مقامه عند عدمهما أو كونهما من غير أهل الحضانة.

مسألة: قال: (فإن لم تكن أم أو تزوجت الأم فأم الأب أحق من الخالة).

في هذه المسألة فصلان:

أحدهما: أن الأم إذا تزوجت سقطت حضانتها. قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم قضى به شريح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن الحسن أنها لا تسقط بالتزويج.

ونقل مهنا عن أحمد إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها. قيل له فالجارية مثل الصبي؟ قال لا، الجارية تكون معها إلى سبع سنين. فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وأزالها عن الغلام. ووجه ذلك ما روي إن علياً وجعفراً وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة فقال علي ابنة عمي وأنا أخذتها، وقال زيد بنت أخي لأن رسول الله ﷺ آخى بين زيد وحمزة، وقال جعفر بنت عمي وعندي خالتها فقال رسول الله ﷺ : «الخالة أم وسلمها إلى جعفر» رواه أبو داود بنحو هذا المعنى فجعل لها الحضانة وهي مزدوجة.

والرواية الأولى هي الصحيحة، قال ابن أبي موسى: وعليها العمل لقول رسول الله ﷺ للمرأة «أنت أحق به ما لم تنكحي» ولأنها إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة فكان الأب أحظ له ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها فأشبهت المملوكة فأما بنت حمزة فإنما قضي بها لخالتها لأن زوجها من أهل الحضانة ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلا علي، وقد

ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى. وعلى هذا متى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضانة كالجدة تكون متزوجة للجد لم تسقط حضانتها لأنه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد فأشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب ولو تنازع العمان في الحضانة وأحدهما متزوج للأم أو الخالة فهو أحق لحديث بنت حمزة وكذلك كل عصبتين تساويا وأحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضانة قدم بها لذلك، وظاهر قول الخرقي: أن التزويج بأجنبي يسقط الحضانة بمجرد العقد وإن عري عن الدخول وهو قول الشافعي ويحتمل أن لا تسقط إلا بالدخول وهو قول مالك لأن به تشتغل عن الحضانة.

ووجه الأول قول النبي ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي» وقد وجد النكاح قبل الدخول ولأن بالعقد يملك منافعها ويستحق زوجها منعها من حضانته فزال حقها كما لو دخل بها.

الفصل الثاني: أن الأم إذا عدمت أو تزوجت أو لم تكن من أهل الحضانة واجتمعت أم أب وخالة فأم الأب أحق وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد وحكي ذلك عن مالك وأبي ثور. وروي عن أحمد أن الأخت والخالة أحق من الأب. فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الإب وهو قول الشافعي القديم لأنها تدلي بأم، وأم الأب تدلي به، فقدم من يدلي بالأم كتقديم أم الأم على أم الأب ولأن النبي ﷺ قضى ببنت حمزة لخالتها وقال: «الخالة أم».

ولنا: إن أم الأب جدة وارثة فقدمت على الخالة كأم الأم، ولأن لها ولادة ووراثة فأشبهت أم الأم. فأما الحديث فيدل على أن للخالة حقاً في الجملة وليس النزاع فيه إنما النزاع في الترجيح عند الاجتماع، وقولهم تدلي بأم قلنا لكن لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم أم الأم على الخالة فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهي أولى ممن هو من غير عمودي النسب بكل حال وإن علت درجتها لفضيلة الولادة والوراثة فأما أم أبي الأم فلا حضانة لها لأنها تدلي بأبي الأم ولا حضانة له ولا من أدلى به.

فصل: فإن اجتمعت أم أم وأم أب فأم الأم أحق وإن علت درجتها لأن لها ولادة، وهي تدلي بالأم التي تقدم على الأب، فوجب تقديمها عليها كتقديم الأم على الأب، وعن أحمد أن أم الأب أحق وهو قياس قول الخرقي لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم وخالة الأب أخت أمه وخالة الأم أخت أمها فإذا قدم أخت أم الأب دل على تقديمها وذلك لأنها تدلي بعصبة مع مساواتها للأخرى في الولادة فوجب تقديمها كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم، وإنما قدمت الأم على الأب لأنها التي تلي الحضانة بنفسها فكذلك أمه فإنها أنثى تلي بنفسها فقدمت لما ذكرناه.

مسألة: قال: (والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم وأحق من الخالة).

وجملته: أنه إذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والأمهات وإن علوا انتقلت إلى الأخوات وقدمن على سائر القرابات كالخالات والعمات وغيرهن لأنهن شاركن في النسب وقدمن في الميراث ولأن العمات والخالات إنما يدلين بأخوة الآباء والأمهات ولا ميراث لهن مع

ذي فرض ولا عصبة فالمدلي إلى نفس المكفول ويرثه أقرب وأشفق فكان أولى. وأولى الأخوات من كان لأبوين لقوة قرابتها ثم من كان لأب ثم من كان لأم نص عليه أحمد وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب وهو قول المزني وابن سريج لأنها أدلت بالأم فقدمت على المدلية بالأب كأم الأم مع أم الأب وقال ابن سريج تقدم الخالة على الأخت من الأب لذلك ولأبي حنيفة فيه روايتان.

ولنا: إن الأخت من الأب أقوى في الميراث فقدمت كالأخت من الأبوين ولا تخفى قوتها فإنها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها وتكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد، وما ذكروه من الإدلاء لا يلزم لأن الأخت تدلي بنفسها لكونها خلقا من ماء واحد ولها تعصيب فكانت أولى والله أعلم.

مسألة: قال: (وخالة الأب أحق من خالة الأم).

وجملته: أنه إذا عدمت الأمهات والآباء والأخوات انتقلت الحضانة إلى الخالات ويقدمن على العمات. نص عليه أحمد. ويحتمل كلام الخرقي تقديم العمات لأنه قدم خالة الأب وهي أخت أمه على خالة الأم وهي أخت أمها فيدل ذلك على تقديم قرابة الأب على قرابة الأم ولأنهن يدلين بعصبة فقدمن كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم .

وقال القاضي مراد الخرقي بقوله خالة الأب أي الخالة من الأب تقدم على الخالة من الأم كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم لأن الخالات أخوات الأم فيجرين في الاستحقاق والتقديم فيما بينهن مجرى الأخوات المفترقات وكذلك الحكم في العمات المفترقات، فإن قلنا بتقديم الخالات فإذا انقرضن فالعمات بعدهن، وإن قلنا بتقديم العمات فالخالات بعدهن، فإذا عدمن انتقلت إلى خالات الأب على قول الخرقي، وعلى القول الآخر إلى خالات الأم، وهل يقدم خالات الأب على عماته؟ على وجهين بناء على ما ذكرنا في الخالات والعمات، فأما عمات الأم فلا حضانة لهن لأنهن يدلين بأبي الأم وهو رجل من ذوي الأرحام لا حضانة له ولا لمن أدلى به.

فصل: وللرجال من العصبات مدخل في الحضانة وأولاهم الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا ثم الأخ من الأبوين ثم الأخ من الأب ثم بنوهم وإن سفلوا على ترتيب الميراث ثم العمومة ثم بنوهم كذلك ثم عمومة الأب ثم بنوهم وهذا قول الشافعي، وقال بعض أصحابه لا حضانة لغير الآباء والأجداد لأنهم لا معرفة لهم بالحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم فلم يكن لهم حضانة كالأجانب.

ولنا: إن عليًّا وجعفراً اختصما في حضانة ابنة حمزة فلم ينكر عليهم النبي ﷺ ادعاء الحضانة ولأن لهم ولاية وتعصيباً بالقرابة فتثبت لهم الحضانة كالأب والجد، وفارق الأجانب فإنهم ليست لهم قرابة ولا شفقة ولأن الأجانب تساووا في عدم القرابة فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر، والعصبات لهم قرابة يمتازون بها وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد

الآباء والأجداد ويقومون مقام الأب في التخيير للصبي بينه وبين الأم أو غيرها ممن له الحضانة من النساء ويكونون أحق بالجارية إذا بلغت سبعاً إلا ابن العم فإن الجارية لا تسلم إليه إذا بلغت سبعاً لأنه ليس بمحرم لها.

فصل: فأما الرجال من ذوي الأرحام كالخال والأخ من الأم وأبي الأم وابن الأخت فلا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم لأنه ليس بامرأة يتولى الحضانة ولا له قوة قرابة كالعصبات ولا حضانة إلا بمن يدلي بهم كأم أبي الأم وابنة الخال وابنة الأخ من الأم لأنهن يدلين بمن لا حضانة له فإذا لم تثبت للمدلي فللمدلين به أولى، فإن لم يكن هناك غيرهم احتمل وجهين:. **أحدهما**: هم أولى لأن لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم. **والثاني**: لا حق لهم في الحضانة وينتقل الأمر إلى الحاكم والأول أولى.

فصل: في بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء أولى الكل بها الأم ثم أمهاتها وإن علون يقدم منهن الأقرب فالأقرب لأنهن نساء ولادتهن متحققة فهي في معنى الأم. وعن أحمد أن أم الأب وأمهاتها مقدمات على أم الأم، فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم لأنهن يدلين به فيكون الأب بعد الأم، ثم أمهاته والأولى هي المشهورة عند أصحابنا وان المقدم الأم ثم أمهاتها ثم الأب ثم أمهاته، ثم الجد ثم أمهاته ثم جد الأب ثم أمهاته وإن كن غير وارثات لأنهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة بخلاف أم أبي الأم.

وحكي عن أحمد رواية أخرى أن الأخت من الأم والخالة أحق من الأب فتكون الأخت من الأبوين أحق منه ومنهما ومن جميع العصبات، والأولى هي المشهورة في المذهب. فإذا انقرض الآباء والأمهات انتقلت الحضانة إلى الأخوات وتقدم الأخت من الأبوين ثم الأخت من الأب ثم الأخت من الأم وتقدم الأخت على الأخ لأنها امرأة من أهل الحضانة فقدمت على من في درجتها من الرجال كالأم تقدم على الأب وأم الأب على أبي الأب وكل جدة في درجة جد تقدم عليه لأنها تلي الحضانة بنفسها والرجل لا يليها بنفسه.

وفيه وجه آخر يقدم عليها لأنه عصبة بنفسه والأول أولى وفي تقديم الأخت من الأبوين أو من الأب على الجد وجهان. وإذا لم تكن أخت فالأخ للأبوين أولى ثم الأخ للأب ثم أبناؤهما ولا حضانة للأخ للأم لما ذكرنا فإذا عدموا صارت الحضانة للخالات على الصحيح وترتيبهن فيها كترتيب الأخوات، ولا حضانة للأخوال فإذا عدمن صارت للعمات ويقدمن على الأعمام كتقديم الأخوات على الإخوة ثم للعم للأبوين ثم للعم للأب ولا حضانة للعم من الأم، ثم أبناؤهما ثم إلى خالات الأب ثم على قول الخرقي وعلى قول الآخر إلى خالات الأم ثم إلى عمات الأب ولا حضانة لعمات الأم لأنهن يدلين بأب الأم ولا حضانة له، وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة في درجة قدم المستحق منهم بالقرعة.

فصل: فإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها ففيه وجهان: **أحدهما**: تنتقل إلى الأب لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق فإذا أسقطت حقها سقط فروعها. **والثاني**: تنتقل إلى أمها وهو أصح لأن الأب أبعد فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه كما لا تنتقل إلى الأخت وكونهن فروعها لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها كما لو سقط حقها لكونها من غير أهل الحضانة أو لتزوجها وهكذا الحكم في الأب إذا سقط حقه هل يسقط حق أمهاته؟ على وجهين وإن كانت أخت من أبوين وأخت من أب فأسقطت الأخت من الأبوين حقها لم يسقط حق الأخت من الأب لأن استحقاقها من غير جهتها وليست فرعاً عليها.

مسألة: قال: (وإذا أخذ الولد من الأم إذا تزوجت ثم طلقت رجعت على حقها من كفالته).

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة والمزني قال إن كان الطلاق رجعياً لم يعد حقها لأن الزوجة قائمة فأشبه ما لو كانت في صلب النكاح.

ولنا: إنها مطلقة فعاد حقها من الحضانة كالبائن وقولهم إنها زوجة قلنا إلا أنه قد عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل وعقد سبب زوال نكاحها فأشبهت البائن في عدتها ويخرج عندنا مثل قولهما لكون النكاح قبل الدخول مزيلاً لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج.

فصل: وكل قرابة تستحق بها الحضانة منع منها مانع كرق أو كفر أو فسوق أو جنون أو صغر إذا زال المانع مثل أن عتق الرقيق وأسلم الكافر، وعدل الفاسق، وعقل المجنون، وبلغ الصغير عاد حقهم من الحضانة لأن سببها قائم، وإنما امتنعت لمانع فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم كالزوجة إذا طلقت.

مسألة: قال: (وإذا تزوجت المرأة فلزوجها أن يمنعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه التلف).

وجملة ذلك: أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ومن رضاع ولد غيرها إلا أن يضطر إليها لأن عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج الاستمتاع في كل زمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات والرضاع يفوت عليه الاستمتاع في بعض الأوقات فكان له المنع كالخروج من منزله، فإن اضطر الولد بأن لا توجد مرضعة سواها أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب التمكين من إرضاعه لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته.

فصل: فإن أرادت إرضاع ولدها منه فكلام الخرقي يحتمل وجهين: **أحدهما**: أن له منعها من رضاعه لعموم لفظه وهو قول الشافعي لأنه يخل باستمتاعه منها فأشبه ما لو كان الولد من غيره. **والثاني**: ليس له منعها فإنه قال وإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها فهي أحق به

من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلِينِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وهذا خبر يراد به أمر وهو عام في كل والدة، ولا يصح من أصحاب الشافعي حمله على المطلقات لأنه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره، وقولنا في الوجه الأول إنه يخل باستمتاعه قلنا ولكن لإيفاء حق عليه وليس ذلك ممتنعاً كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب سيما إذا تعلق به حق الولد في كونه مع أمه وحق الأم في الجمع بينهما وبين ولدها وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبي موسى وهو ظاهر كلام القاضي أبي يعلى.

فصل: وإن آجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ولم يملك الزوج فسخ الإجارة وله منعها من الرضاع حتى تنقضي المدة لأن منافعها ملكت بعقد سابق على نكاحه فأشبه ما لو اشترى أمة مستأجرة أو داراً مشغولة، فإن نام الصبي أو اشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع، وليس لولي الصبي منعه وبهذا قال الشافعي، وقال مالك: ليس له وطؤها إلا برضا الولي لأن ذلك ينقص اللبن.

ولنا: إن وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه كما لو أذن الولي فيه ولأنه يجوز له الوطء مع إذن الولي فجاز مع عدمه لأنه ليس للولي الإذن فيما يضر الصبي ويسقط حقوقه.

فصل: وإن آجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع بإذن زوجها جاز ولزم العقد لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما وإن آجرتها بغير إذن الزوج لم يصح لما يتضمن من تفويت حق زوجها، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والآخر يصح لأنه تناول محلاً غير محل النكاح لكن للزوج فسخه لأنه يفوت به الاستمتاع ويختل.

ولنا: إنه عقد يفوت به حق من ثبت له الحق بعقد سابق فلم يصح كإجارة المستأجر.

مسألة: قال: (وعلى الأب أن يسترضع لولده إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مثلها فتكون أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة).

الكلام في هذه المسألة في فصلين:

أولهما: أن رضاع الولد على الأب وحده وليس له إجبار أمه على رضاعه دنيئة كانت أو شريفة سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافاً، فأما إن كانت مع الزوج فكذلك عندنا وبه يقول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال ابن أبي ليلى والحسن بن صالح له إجبارها على رضاعها وهو قول أبي ثور ورواية عن مالك لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] والمشهور عن مالك أنها إن كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه، وإن كانت ممن ترضع في العادة أجبرت عليه.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾ [الطلاق: ٦] وإذا اختلفا فقد تعاسرا ولأن الإجبار على الرضاع لا يخلو إما أن يكون لحق الولد أو لحق الزوج أولهما: لا يجوز أن يكون لحق الزوج فإنه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها ولا على خدمته فيما يختص به. ولا يجوز أن يكون لحق الولد فإن ذلك لو كان له للزمها بعد الفرقة ولأنه مما يلزم الوالد لولده فلزم الأب على الخصوص كالنفقة أو كما بعد الفرقة، ولا يجوز أن يكون لهما لأن ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه إلى بعض ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة والآية محمولة على حال الإنفاق وعدم التعاسر.

الفصل الثاني: أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها فهي أحق به سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد، وقال أصحاب الشافعي إن كانت في حبال الزوج فلزوجها منعها من إرضاعه لأنه يفوت حق الاستمتاع بها في بعض الأحيان وإن استأجرها على رضاعه لم يجز لأن المنافع حق له فلا يجوز أن يستأجر منها ما هو أو بعضه حق له وإن أرضعت الولد فهل لها أجر المثل؟ على وجهين. وإن كانت مطلقة وطلبت أجر المثل فأراد انتزاعه منها ليسلمه إلى من ترضعه بأجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك وإن وجد متبرعة أو من ترضعه بدون أجر المثل فله انتزاعه منها في ظاهر المذهب لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها وقال أبو حنيفة إن طلبت الأجر لم يلزم الأب بذله لها ولا يسقط حقها من الحضانة وتأتي المرضعة ترضعه عندها لأنه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز الإخلال بأحدهما.

ولنا: على الأول ما تقدم وعلى جواز الاستئجار أنه عقد إجارة يجوز من غير الزوج إذا أذن فيه فجاز مع الزوج كإجارة نفسها للخياطة أو الخدمة وقولهم إن المنافع مملوكة له غير صحيح فإنه لو ملك منفعة الحضانة لملك إجبارها عليها ولم تجز إجارة نفسها لغيرها بإذنه ولكانت الأجرة له وإنما امتنعت إجارة نفسها لأجنبي بغير إذنه لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الأوقات ولهذا جازت بإذنه وإذا استأجرها فقد أذن لها في إجارة نفسها فصح كما يصح من الأجنبي. وأما الدليل على وجوب تقديم الأم إذا طلبت أجر مثلها على المتبرعة فقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] ولأن الأم أحنى وأشفق ولبنها أمرأ من لبن غيرها فكانت أحق به من غيرها كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها ولأن في رضاع غيرها تفويتاً لحق الأم من الحضانة وإضراراً بالولد لا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب والإضرار بالولد لغرض إسقاط حق أوجبه الله تعالى على الأب، وقول أبي حنيفة يفضي إلى تفويت حق الولد من لبن أمه وتفويت الأم في إرضاعه لبنها فلم يجز ذلك كما لو تبرعت برضاعه فأما إن طلبت الأم أكثر من أجر مثلها ووجد الأب من ترضعه بأجر مثلها أو متبرعة جاز انتزاعه منها لأنها أسقطت حقها باشتطاطها وطلبها ما ليس لها فدخلت في عموم قوله: ﴿فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾ [الطلاق: ٦]

وإن لم يجد مرضعة إلا بمثل تلك الأجرة فالأم أحق لأنهما تساوتا في الأجر فكانت الأم أحق كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها.

فصل: وإن طلبت ذات الزوج الأجنبي إرضاع ولدها بأجرة مثلها بإذن زوجها ثبت حقها وكانت أحق به من غيرها لأن الأم إنما منعت من الإرضاع لحق الزوج فإذا أذن فيه زال المانع فصارت كغير ذات الزوج وإن منعها الزوج سقط حقها لتعذر وصولها إلى ذلك.

فصل: وإن أرضعت المرأة ولدها وهي في حبال والده فاحتاجت إلى زيادة نفقة لزمه لقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ولأنها تستحق عليه قدر كفايتها فإذا زادت حاجتها زادت كفايتها والله أعلم.

باب نفقة المماليك

مسـألة: قـال رحمـه الله: (وعـلى مـلاك المملوكـين أن ينفقـوا عليهم ويكسـوهـم بالمعروف).

وجملة ذلك: أن نفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والإجماع. أما السنة: فـما روى أبو ذر عن النبي ﷺ أنه قال: «إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم» متفق عليه.

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «للمملوك طعامه وكسـوته بـالمعروف ولا يكلف من العمـل مـا لا يطيـق» رواه الشـافعـي في مسنـده وأجمع العلمـاء على وجـوب نفقـة المملـوك على سيـده ولأنـه لا بد لـه من نفقة ومنـافعه لسيـده وهو أخص النـاس به فـوجبت نفقتـه عليـه كبهيمتـه والواجب من ذلك قدر كفايته من غالب قـوت البلد سواء كـان قـوت سيـده أو دونه أو فـوقه وأدم مثله بالمعروف لقوله عليـه السلام: «للمملوك طعـامه وكسـوته بـالمعروف» والمستحب أن يطعمه من جنس طعامه لقوله: «فليطعمه مما يأكل» فجمعنا بين الخبرين وحملنـا خبر أبي هـريرة على الاجزاء وحديث خبر أبي ذر على الاستحباب والسيد مخير بين أن يجعل نفقتـه من كسبه إن كان له كسب وبين أن ينفق عليه من ماله ويأخذ كسبه أو يجعله برسم خـدمته لأن الكـل مالـه فـإن جعل نفقتـه في كسبه فكـانت وفق الكسب صرفه إليهـا وإن فضل من الكسب شيء فهـو لسيده وإن كان فيه عوز فعلى سيده تمامها. وأما الكسوة فبـالمعروف من غـالب الكسوة لأمثـال العبد في ذلك الذي هو به والأولى أن يلبسه من لبـاسه لقـوله عليـه السلام «وليلبسـه مما يلبس» ويستحب أن يساوي بين عبيـده الذكـور في الكسوة والإطعـام وبين إمـائه إن كن للخـدمة أو الاستمتـاع، وإن كان فيهن من هـو للخدمـة وفيهن من هو لـلاستمتاع فـلا بأس بـزيـادة من يزيدها للاستمتاع في الكسوة لأن ذلك حكم العرف ولأن غرضه تجميل من يزيدها للاستمتاع بخلاف الخادمة.

فصل: إذا تولى أحدهم طعامه استحب له أن يجلسه معه فيأكل فإن لم يفعل استحب أن يطعمه منه ولو لقمة أو لقمتين لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليدعه وليجلسه فإن أبى فليروغ له اللقمة واللقمتين» رواه البخاري ومعنى ترويغ اللقمة غمسها في المرق والدسم وترويتها بذلك ويدفعها إليه ولأنه يشتهيه لحضوره فيه وتوليه إياه، وقد قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسمَةَ أُولُو الْقُرْبى والْيَتَامى والْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ﴾ [النساء: ٨] ولأن نفس الحاضر تتوق ما لا تتوق نفس الغائب.

فصل: ولا يكلفه من العمل ما لا يطيق وهو ما يشق عليه ويقرب من العجز عنه لحديث أبي ذر ولأن ذلك يضر به ويؤذيه وهو ممنوع من الإضرار به.

فصل: ولا يجبر المملوك على المخارجة ومعناه أن يضرب عليه خراجاً معلوماً يؤديه وما فضل للعبد. لأن ذلك عقد بينهما فلا يجبر عليه كالكتابة وإن طلب العبد ذلك وأباه لم يجبر عليه أيضاً، فإن اتفقا على ذلك جاز لما روي أن أبا طيبة حجم النبي ﷺ فأعطاه أجره وأمره مواليه أن يخففوا عنه من خراجه وكان كثير من الصحابة يضربون على رقيقهم خراجاً. فروي أن الزبير كان له ألف مملوك على كل واحد منهم كل يوم درهم وجاء أبو لؤلؤة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فسأله أن يسأل المغيرة بن شعبة يخفف عنه من خراجه، ثم ينتظر فإن كان ذا كسب يجعل عليه بقدر ما يفضل من كسبه عن نفقته وخراجه شيء جاز فإن لهما به نفعاً فإن العبد يحرص على الكسب وربما فضل معه شيء يزيده في نفقته ويتسع به، وإن وضع عليه أكثر من كسبه بعد نفقته لم يجز، وكذلك إن كلف من لا كسب له المخارجة لم يجز لما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا تكلفوا الصغير الكسب فإنكم متى تكلفوه الكسب سرق، ولا تكلفوا المرأة غير ذات الصنعة الكسب فإنكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها، ولأنه متى كلف غير ذي الكسب خراجاً كلفه ما يغلبه وقد قال النبي ﷺ: «لا تكلفوهم ما يغلبهم» وربما حمله ذلك على أن يأتي به من غير وجهه فلم يكن للسيد أخذه.

فصل: وإذا مرض المملوك أو زمن أو عمي أو انقطع كسبه فعلى سيده القيام به والإنفاق عليه لأن نفقته تجب بالملك، ولهذا تجب مع الصغر والملك باق مع العمى والزمانة فتجب نفقته مع عموم النصوص المذكورة في أول الباب.

مسألة: قال: (وأن يزوج المملوك إذا احتاج إلى ذلك).

وجملة ذلك: أنه يجب على السيد إعفاف مملوكه إذا طلب ذلك، وهو أحد قولي الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجبر عليه لأن فيه ضرراً عليه وليس مما تقوم به البنية فلم يجبر عليه كإطعام الحلواء.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: ٣٢] الأمر يقتضي الوجوب ولا يجب إلا عند الطلب وروي عن عكرمة عن ابن عباس

قال: من كانت له جارية فلم يزوجها ولم يصبها أو عبد فلم يزوجه فما صنعا من شيء كان على السيد ولولا وجوب إعفافهما لما لحق السيد الإثم بفعلهما، ولأنه مكلف محجور عليه دعي إلى تزويجه فلزمته إجابته كالمحجور عليه للسفه، ولأن النكاح مما تدعو إليه الحاجة غالباً ويتضرر بفواته فأجبر عليه كالنفقة بخلاف الحلواء.

إذا ثبت هذا فالسيد مخير بين تزويجه أو تمليكه أمة يتسراها، وله أن يزوجه عند طلبه لأن هذا مما يختلف الناس فيه وفي الحاجة إليه ولا تعلم حاجته إلا بطلبه ولا يجوز تزويجه إلا باختياره، فإن إجبار العبد الكبير على النكاح غير جائز. فأما الأمة فالسيد مخير بين تزويجها إذا طلبت ذلك وبين أن يستمتع بها فيغنيها باستمتاعه عن غيره لأن المقصود قضاء الحاجة وإزالة ضرر الشهوة وذلك يحصل بأحدهما فلم يتعين أحدهما.

فصل: وإذا كان للعبد زوجة فعلى سيده تمكينه من الاستمتاع بها ليلاً لأن إذنه في النكاح إذن في الاستمتاع المعتاد والعادة جارية بذلك ليلاً وعليه نفقة زوجته على ما قدمنا.

مسألة: قال: (فإن امتنع أجبر على بيعه إذا طلب المملوك ذلك).

وجملته: أن السيد إذا امتنع مما يجب للعبد عليه من نفقة أو كسوة أو تزويج فطلب العبد البيع أجبر سيده عليه سواء كان امتناع السيد من ذلك لعجزه عنه أو مع قدرته عليه لأن بقاء ملكه عليه مع الإخلال بسد خلاته إضرار به وإزالة الضرر واجبة فوجبت إزالته ولذلك أبحنا للمرأة فسخ النكاح عند عجز زوجها عن الإنفاق عليها.

وقد روي في بعض الحديث عن النبي ﷺ أنه قال: «عبدك يقول أطعمني وإلا فبعني، وامرأتك تقول أطعمني أو طلقني» وهذا يدل بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده فطلب العبد بيعه لم يجبر السيد عليه وقد نص عليه أحمد. قال أبو داود: قيل لأبي عبد الله رحمه الله استباعت المملوكة وهو يكسوها مما يلبس ويطعمها مما يأكل قال: لا تباع وإن أكثرت من ذلك إلا أن تحتاج إلى زوج فتقول زوجني، وقال عطاء وإسحاق في العبد يحسن إليه سيده وهو يستبيع: لا يبعه، لأن الملك للسيد والحق له فلا يجبر على إزالته من غير ضرر بالعبد كما لا يجبر على طلاق زوجته مع القيام بما يجب لها ولا على بيع بهيمته مع الإنفاق عليها.

مسألة: قال: (وليس عليه نفقة مكاتبه إلا أن يعجز).

لا خلاف في أن المكاتب لا تلزم سيده نفقته لأن الكتابة عقد أوجب ملك المكاتب إكساب نفسه ومنافعه ومنع السيد من التصرف فيهما فلا يملك استخدامه ولا إجارته ولا إعارته ولا أخذ كسبه ولا أرش الجناية عليه ولا يلزمه أداء أرش جنايته فسقطت نفقته عنه كما لو باعه أو أعتقه، فإذا عجز عاد رقيقاً قناً وعاد إليه ملك نفعه وإكسابه فعادت عليه نفقته كما لو اشتراه بعد بيعه.

مسألة: قال: (وليس له أن يسترضع الأمة لغير ولدها إلا أن يكون فيها فضل عن ريـه).

أما إذا أراد استرضاع أمته لغير ولدهـا مع كـونه لا يفضـل عنه فليس لـه ذلك لأن فيـه إضراراً بولدها لنقصه من كفايته وصرف اللبن المخلوق لولدها إلى غيره مع حاجته إليه فلم يجز كما لو أراد أن ينقص الكبير من كفايته ومؤنته فـإن كان فيهـا فضل عن ري ولـدها جـاز، لأنه ملكه وقد استغنى عنه الولد فكان لـه استيفاؤه كـالفاضـل من كسبها عن مؤنتهـا وكما لـو مات ولدها وبقي لبنها.

مسألة: قال: (وإذا رهن المملوك أنفق عليه سيده).

وذلك لقول النبي ﷺ «الرهن من راهنه له غنمه وعليـه غرمـه ونفقته من غـرمه» ولأنـه ملك الراهن ونماؤه له فكانت عليه نفقته كغير الرهن وقد ذكرت هذه المسألة في باب الرهن.

مسألة: قال: (وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه).

إنما كان كذلك لأن نفقة العبد على سيده وقد قام الـذي جاء بـه مقام سيـده في الواجب عليه فرجع به عليـه كما لـو أذن له، وقـال الشافعي لا يـرجع بشيء لأنـه متبرع بـإنفاق لم يجب عليه.

ولنا: إنه أدى عنه ما وجب عليه عند تعذر أدائه منه فرجـع به عليـه كما لـو أدى الحاكم عن الممتنع من الإنفاق على امرأتـه ما يجب عليـه من النفقة، ويتخـرج أن لا يرجـع بشيء بناء على الرواية الأخرى فيمن أنفق على الرهن الـذي عنده أو الـوديعة أو الجمال إذا هرب الجمال فتركها مع المستأجر.

فصـل: وله تـأديب عبده وأمتـه إذا أذنبا بـالتوبيـخ والضرب الخفيف كـما يؤدب ولـده وامرأته في النشـوز، وليس له ضربـه على غـير ذنب، ولا ضربه ضربـاً مبرحـاً وإن أذنب، ولا لطمه في وجهه، وقد روي عن ابن مقرن المزني قال: لقـد رأيتني سابع سبعة ليس لنا إلا خادم واحد فلطمها أحدنا فأمرنا النبي ﷺ بإعتـاقها فـأعتقناهـا. وروي عن أبي مسعود قـال: كنت أضرب غلاماً لي فإذا رجل من خلفي يقول: «اعلـم أبا مسعود، اعلم أبا مسعود» فالتفت فـإذا النبي ﷺ يقول: «اعلم أبا مسعود أن الله أقدر عليك منك على هذا الغلام».

فصل: ومن ملك بهيمة لزمه القيام بها والإنفاق عليها ما تحتاج إليه من علفها أو إقـامة من يـرعاهـا لما روى ابن عمـر أن النبي ﷺ قال: «عـذبت امرأة في هـرة حبستهـا حتى مـاتت جوعاً، فلا هي أطعمتها ولا أرسلتهـا تأكـل من خشاش الأرض» متفق عليـه. فإن امتنـع من الإنفاق عليها أجبر على ذلك، فإن أبى أو عجـز أجبر عـلى بيعها أو ذبحهـا إن كانت ممـا يذبـح وقال أبو حنيفة: لا يجبره السلطان بل يأمره به كما يأمره المعروف وينهـاه عن المنكر لأن البهيمـة

لا يثبت لها حق من جهة الحكم ألا ترى أنه لا تصح منها الخصومة ولا ينصب عليها خصم فصارت كالزرع والشجر.

ولنا: إنها نفقة حيوان واجبة عليه فكان للسلطان إجباره عليها كنفقة العبيد ويفارق نفقة الشجر والزرع فإنها لا تجب فإن عجز عن الإنفاق وامتنع من البيع بيعت عليه كما يباع العبد إذا طلب البيع عند إعسار سيده بنفقته وكما يفسخ نكاحه إذا أعسر بنفقة امرأته وإن عطبت البهيمة فلم ينتفع بها، فإن كانت مما يؤكل خير بين ذبحها والإنفاق عليها وإن كانت مما لا يؤكل أجبر على الإنفاق عليها كالعبد الزمن على ما ذكرناه فيما مضى ولا يجوز أن يحمل البهيمة ما لا تطيق لأنها في معنى العبد وقد منع النبي ﷺ تكليف العبد ما لا يطيق ولأن فيه تعذيباً للحيوان الذي له حرمة في نفسه وإضراراً به وذلك غير جائز ولا يحلب من لبنها إلا ما يفضل عن كفاية ولدها لأن كفايته واجبة على مالكه ولبن أمه مخلوق له فأشبه ولد الأمة.

كتاب الجراح

يعني كتاب الجنايات، وإنما عبر عنها بالجراح لغلبة وقوعها به، والجناية كل فعل عدوان على نفس أو مال لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان وسمو الجنايات على الأموال غصباً ونهباً وسرقة وخيانة وإتلافاً.

فصل: وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾ [الإسراء: ٣٣] وقال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلَّا خَطَأً﴾ [النساء: ٩٢] وقال: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ﴾ [النساء: ٩٣]. وأما السنة: فروى عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة» متفق عليه، وروى عثمان وعائشة عن النبي ﷺ مثله في آي وأخبار سوى هذه كثيرة، ولا خلاف بين الأمة في تحريمه فإن فعله إنسان متعمداً فسق وأمره إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء غفر له وتوبته مقبولة في قول أكثر أهل العلم، وقال ابن عباس إن توبته لا تقبل للآية التي ذكرناها وهي من آخر ما نزل. قال ابن عباس ولم ينسخها شيء ولأن لفظ الآية لفظ الخبر والأخبار ولا يدخلها نسخ ولا تغيير لأن خبر الله تعالى لا يكون إلا صدقاً.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ﴾ [النساء: ٤٨، ١١٦] فجعله داخلاً في المشيئة. وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعاً﴾ [الزمر: ٥٣] وفي الحديث عن النبي ﷺ قال: «إن رجلاً قتل مائة رجل ظلماً ثم سأل هل له من توبة؟ فدل على عالم فسأله فقال ومن يحول بينك وبين التوبة ولكن اخرج من قرية السوء إلى القرية الصالحة فاعبد الله فيها فخرج تائباً فأدركه الموت في الطريق فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب فبعث الله إليهم ملكاً فقال قيسوا ما بين القريتين فإلى أيهما كان أقرب

فاجعلوه من أهلها فوجدوه أقرب إلى القرية الصالحة بشبر فجعلوه من أهلها»، ولأن التوبة تصح من الكفر فمن القتل أولى، والآية محمولة على من لم يتب أو على أن هذا جزاؤه إن جازاه وله العفو إذا شاء وقوله لا يدخلها النسخ قلنا لكن يدخلها التخصيص والتأويل.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (والقتل على ثلاثة أوجه عمد وشبه العمد وخطأ).

أكثر أهل العلم يرون القتل منقسماً إلى هذه الأقسام الثلاثة روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وحماد وأهل العراق والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأنكر مالك شبه العمد وقال ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ فأما شبه العمد فلا يعمل به عندنا وجعله من قسم العمد وحكي عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال: «ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها» رواه أبو داود وفي لفظ «قتيل خطأ العمد» وهذا نص يقدم على ما ذكره وقسمه أبو الخطاب أربعة أقسام فزاد قسماً رابعاً وهو ما أجري مجرى الخطأ نحو أن ينقلب نائم على شخص فيقتله أو يقع عليه من علو والقتل بالسبب كحفر البئر ونصل السكين وقتل غير المكلف أجرى الخطأ وإن كان عمداً وهذه الصورة التي ذكرها عند الأكثرين من قسم الخطأ فإن صاحبها لم يعمد الفعل أو عمده وليس هو من أهل القصد الصحيح فسموه خطأ فأعطوه حكمه وقد صرح الخرقي بذلك فقال في الصبي والمجنون عمدهما خطأ.

مسألة: قال: (العمد ما ضربه بحديدة أو خشبة كبيرة فوق عمود الفسطاط أو حجر كبير الغالب أن يقتل مثله أو أعاد الضرب بخشبة صغيرة أو فعل به فعلاً الغالب من ذلك الفعل أنه يتلف).

وجملة ذلك أن العمد نوعان:

أحدهما: أن يضربه بمحدد وهو ما يقطع ويدخل في البدن كالسيف والسكين والسنان وما في معناه مما يحدد فيجرح من الحديد والنحاس والرصاص والذهب والفضة والزجاج والحجر والقصب والخشب فهذا كله إذا جرح به جرحاً كبيراً فمات فهو قتل عمد لا خلاف فيه بين العلماء فيما علمناه، فأما إن جرحه جرحاً صغيراً كشرطة الحجام أو غرزة بإبرة أو شوكة نظرت، فإن كان في مقتل كالعين والفؤاد والخاصرة والصدغ وأصل الأذن فمات فهو عمد أيضاً لأن الإصابة بذلك في المقتل كالجرح بالسكين في غير المقتل وإن كان في غير مقتل نظرت فإن كان قد بالغ في إدخالها في البدن فهو كالجرح الكبير لأن هذا يشتد ألمه ويفضي إلى القتل كالكبير، وإن كان الغور يسيراً أو جرحه بالكبير جرحاً لطيفاً كشرطة الحجام فما دونها فقال أصحابنا إن بقي من ذلك ضمناً حتى مات ففيه القود لأن الظاهر أنه مات منه وإن مات في الحال ففيه وجهان:

أحدهما: لا قصاص فيه قاله ابن حامد لأن الظاهر أنه لم يمت منه ولأنه لا يقتل غالباً فأشبه العصا والسوط، والتعليل الأول أجود لأنه لما احتمل حصول الموت بغيره ظاهراً كان ذلك شبهة في درء القصاص ولو كانت العلة كونه لا يحصل به القتل غالباً لم يفترق الحال بين موته في الحال وموته متراخياً عنه كسائر ما لا يجب به القصاص. والثاني: فيه القصاص لأن المحدد لا يعتبر فيه غلبة الظن في حصول القتل به بدليل ما لو قطع شحمة أذنه، أو قطع أنملته، ولأنه لما لم يمكن إدارة الحكم وضبطه بغلبة الظن وجب ربطه بكونه محدداً ولا يعتبر ظهور الحكم في آحاد صورة المظنة بل يكفي احتمال الحكمة ولذلك ثبت الحكم به فيما إذا بقي ضمناً مع أن العمد لا يختلف مع اتحاد الآلة والفعل بسرعة الإفضاء وإبطائه، ولأن في البدن مقاتل خفية وهذا له سراية ومور فأشبه الجرح الكبير وهذا ظاهر كلام الخرقي فإنه لم يفرق بين الصغير والكبير وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي من التفصيل نحو مما ذكرنا.

النوع الثاني: القتل بغير المحدد مما يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهذا عمد موجب للقصاص أيضاً، وبه قال النخعي والزهري وابن سيرين وحماد وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد وقال الحسن لا قود في ذلك وروي ذلك عن الشعبي وقال ابن المسيب وعطاء وطاوس العمد ما كان بالسلاح وقال أبو حنيفة لا قود في ذلك إلا أن يكون قتله بالنار وعنه في مثقل الحديد روايتان، واحتج بقول النبي ﷺ «ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل» فسماه عمد الخطأ وأوجب فيه الدية دون القصاص ولأن العمد لا يمكن اعتباره بنفسه فيجب ضبطه بمظنته ولا يمكن ضبطه بما يقتل غالباً لحصول العمد بدونه في الجرح الصغير فوجب ضبطه بالجرح.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ قتلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾ [الإسراء: ٣٣] وهذا مقتول ظلماً، وقال الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاص فِي ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨].

وروى أنس: «أن يهودياً قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله ﷺ بين حجرين» متفق عليه وروى أبو هريرة قال قام رسول الله ﷺ فقال: «ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما يؤدي وإما أن يقاد» متفق عليه ولأنه يقتل غالباً فأشبه المحدد، وأما الحديث فمحمول على المثقل الصغير لأنه ذكر العصا والسوط وقرن به الحجر فدل على أنه أراد ما يشبههما؛ وقولهم لا يمكن ضبطه ممنوع فإننا نوجب القصاص بما نتيقن حصول الغلبة به فإذا شككنا لم نوجبه مع الشك وصغير الجرح قد سبق القول فيه ولأنه لا يصح ضبطه بالجرح بدليل ما لو قتله بالنار أو بمثل الحديد إذا ثبت هذا فإن هذا النوع يتنوع أنواعاً:

أحدها: أن يضربه بمثقل كبير يقتل مثله غالباً سواء كان من حديد كاللت والسندان والمطرقة أو حجر ثقيل أو خشبة كبيرة، وحد الخرقي الخشبة الكبيرة بما فوق عمود الفسطاط يعني العمد التي يتخذها الأعراب لبيوتها وفيها دقة، فأما عمد الخيام فكبيرة تقتل غالباً فلم يردها الخرقي، وإنما حد الموجب للقصاص مما فوق عمود الفسطاط لأن النبي ﷺ لما سئل عن

المرأة التي ضربت جاريتها بعمود فسطاط فقتلتها وجنينها قضى النبي ﷺ في الجنين بغرة وقضى بالدية على عاقلتها، والعاقلة لا تحمل العمد فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد، وإن كان أعظم منه فهو عمد لأنه يقتل غالباً، ومن هذا النوع أن يلقي عليه حائطاً أو صخرة أو خشبة عظيمة أو ما أشبه مما يهلكه غالباً فيهلكه ففيه القود لأنه يقتل غالباً.

النوع الثاني: أن يضربه بمثقل صغير كالعصى والسوط والحجر الصغير أو يلكزه بيديه في مقتل أو في حال ضعف من المضروب لمرض أو صغر أو في زمن مفرط الحر أو البرد بحيث تقتله تلك الضربة أو كرر الضرب حتى قتله بما يقتل غالباً ففيه القود لأنه قتله بما يقتل مثله غالباً فأشبه الضرب بمثقل كبير، ومن هذا النوع لو عصر خصيته عصراً شديداً فقتله بعصر يقتل مثله غالباً فعليه القود، وإن لم يكن كذلك في جميع ما ذكرناه فهو عمد الخطأ وفيه الدية إلا أن يصغر جداً كالضربة بالقلم والأصبع في غير مقتل ونحو هذا مما لا يتوهم القتل به فلا قود فيه ولا دية لأنه لم يمت به وكذلك إن مسه بالكبير ولم يضربه به لأن الدية إنما تجب بالقتل وليس هذا بقتل.

النوع الثالث: أن يمنع خروج نفسه وهو ضربان: **أحدهما**: أن يجعل في عنقه خراطة ثم يعلقه في خشبة أو شيء بحيث يرتفع عن الأرض فيختنق ويموت فهذا عمد سواء مات في الحال أو بقي زمناً لأن هذا أوحى أنواع الخنق وهو الذي جرت العادة بفعله من الولاة في اللصوص وأشباههم من المفسدين. **والضرب الثاني**: أن يخنقه وهو على الأرض بيديه أو منديل أو حبل أو يغمه بوسادة أو شيء يضعه على فيه وأنفه أو يضع يديه عليهما فيموت فهذا إن فعل به ذلك مدة يموت في مثلها غالباً فمات فهو عمد فيه القصاص، وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي والشافعي، وإن فعله في مدة لا يموت في مثلها غالباً فمات فهو عمد الخطأ إلا أن يكون ذلك يسيراً في العادة بحيث لا يتوهم الموت منه فلا يوجب ضماناً لأنه بمنزلة لمسه، وإن خنقه وتركه مثلاً حتى مات ففيه القود لأنه مات من سراية جنايته فهو كالميت من سراية الجرح وإن تنفس وصح ثم مات فلا قود لأن الظاهر أنه لم يمت منه فأشبه ما لو اندمل الجرح ثم مات.

النوع الرابع: أن يلقيه في مهلكة وذلك على أربعة أضرب: **أحدها**: أن يلقيه من شاهق كرأس جبل أو حائط عال يهلك به غالباً فيموت فهو عمد. **الثاني**: أن يلقيه في نار أو ماء يغرقه، ولا يمكنه التخلص منه إما لكثرة الماء أو النار وإما لعجزه عن التخلص لمرض أو صغر أو كونه مربوطاً أو منعه الخروج أو كونه في حفيرة لا يقدر على الصعود منها ونحو هذا أو ألقاه في بئر ذات نفس فمات به عالماً بذلك فهذا كله عمد لأنه يقتل غالباً، وإن ألقاه في ماء يسير يقدر على الخروج منه فلبث فيه اختياراً حتى مات فلا قود فيه ولا دية لأن هذا الفعل لم يقتله، وإنما حصل موته بلبثه فيه وهو فعل نفسه فلم يضمنه غيره، وإن تركه في نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو كونه في طرف منها يمكنه الخروج بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قود لأن هذا لا يقتل غالباً وهل يضمنه؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يضمنه لأنه مهلك لنفسه بإقامته فلم يضمنه كما لو ألقاه في ماء يسير لكن يضمن ما أصابت النار منه. **والثاني**: يضمنه.

لأنه جاء بالإلقاء المفضي إلى الهلاك، وترك التخلص لا يسقط الضمان كما لو فصده فترك شد فصاده مع إمكانه أو جرحه فترك مداواة جرحه، وفارق الماء لأنه لا يهلك بنفسه ولهذا يدخله الناس للغسل والسباحة والصيد وأما النار فيسيرها يهلك وإنما تعلم قدرته على التخلص بقوله أنا قادر على التخلص أو نحو هذا لأن النار لها حرارة شديدة فربما أزعجته حرارتها عن معرفة ما يتخلص به أو أذهبت عقله بألمها وروعتها، وإن ألقاه في لجة لا يمكنه التخلص منها فالتقمه حوت ففيه وجهان: **أحدهما**: عليه القود لأنه ألقاه في مهلكة فهلك فأشبه ما لو غرق فيها. **والثاني**: لا قود عليه لأنه لم يهلك بها أشبه ما لو قتله آدمي آخر. وإن ألقاه في ماء يسير فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فلا قود عليه لأن الذي فعله لا يقتل غالباً وعليه ضمانه لأنه هلك بفعله.

الضرب الثالث: أن يجمع بينه وبين أسد أو نمر في مكان ضيق كزبية ونحوها فيقتله فهذا عمد فيه القصاص إذا فعل السبع به فعلاً يقتل مثله، وإن فعل به فعلاً لو فعله الآدمي لم يكن عمداً لم يجب القصاص به لأن السبع صار آلة للآدمي فكان فعله كفعله، وإن ألقاه مكتوفاً بين يدي الأسد أو النمر في فضاء فأكله فعليه القود وكذلك إن جمع بينه وبين حية في مكان ضيق فنهشته فقتلته فعليه القود، وقال القاضي لا ضمان عليه في الصورتين وهو قول أصحاب الشافعي لأن الأسد والحية يهربان من الآدمي ولأن هذا سبب غير ملجىء.

ولنا: إن هذا يقتل غالباً فكان عمداً محضاً كسائر الصور. وقولهم إنهما يهربان غير صحيح فإن الأسد يأخذ الآدمي المطلق فكيف يهرب من مكتوف ألقي إليه ليأكله؟ والحية إنما تهرب في مكان واسع أما إذا ضاق المكان فالغالب أنها تدفع عن نفسها بالنهش على ما هو العادة.

وقد ذكر القاضي فيمن ألقي مكتوفاً في أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته ان في وجوب القصاص روايتين وهذا تناقض شديد فإنه نفى الضمان بالكلية في صورة كان القتل فيها أغلب وأوجب القصاص في صورة كان فيها أندر والصحيح أنه لا قصاص ها هنا ويجب الضمان لأنه فعل به فعلاً متعمداً تلف به لا يقتل مثله غالباً، وإن أنهشه حية أو سبعاً فقتله فعليه القود إذا كان ذلك مما يقتل غالباً فإن كان مما لا يقتل غالباً كثعبان الحجاز أو سبع صغير ففيه وجهان: **أحدهما**: فيه القود لأن الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل به وهذا جرح ولأن الحية من جنس ما يقتل غالباً. **والثاني**: هو شبيه العمد لأنه لا يقتل غالباً أشبه الضرب بالعصا والحجر. وإن كتفه وألقاه في أرض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات فهو شبه العمد، وقال أصحاب الشافعي هو خطأ محض.

ولنا: إنه فعل به فعلاً لا يقتل مثله غالباً عمداً فأفضى إلى هلاكه أشبه ما لو ضربه بعصا فمات، وكذلك إن ألقاه مشدوداً في موضع لم يعهد وصول زيادة الماء إليه، فأما إن كان في موضع يعلم وصول زيادة الماء إليه في ذلك الوقت فمات بها فهو عمد محض وإن كانت غير معلومة إما لكونها تحتمل الوجوب وعدمه أو لا تعهد أصلاً فهو شبه عمد.

الضرب الرابع: أن يحبسه في مكان ويمنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت فعليه القود لأن هـذا يقتل غـالباً وهـذا يختلف باختـلاف الناس والـزمان والأحـوال فإذا كـان عطشان في شدة الحر مات في الزمن القليل وإن كان عريان والزمن بارد أو معتدل لم يمت إلا في زمن طويل فتعتبر هذا فيه وإن كان في مدة يموت في مثلها غالباً ففيه القود، وإن كان لا يموت في مثلها غالباً ففيه القود وإن كان لا يموت في مثلها غالباً فهو عمد الخطأ وإن شككنا فيها لم يجب القود لأننا شككنا في السبب ولا يثبت الحكم مع الشك في سببه سيما القصاص الذي يسقط بالشبهات.

النوع الخامس: أن يسقيه سماً أو يطعمه شيئاً قاتلاً فيموت به فهو عمد موجب للقود إذا كان مثله يقتل غالباً، وإن خلطه بطعام وقدمه إليه فأكله أو أهداه إليه أو خلطه بطعام رجل ولم يعلم ذلك فأكله فعليه القود لأنه يقتل غالباً. وقال الشافعي في أحد قوليه لا قود عليه لأنه أكله مختاراً فأشبه ما لو قدم إليه سكيناً فطعن بها نفسه. ولأن أنس بن مالـك روى أن يهوديـة أتت رسـول الله ﷺ بشاة مسمـومة فـأكل منهـا النبي ﷺ ولم يقتلها النبي ﷺ. قـال: «وهـل يجب القود؟» فيه قولان.

ولنـا: خبر اليهـودية فـإن أبا سلمـة قال فيـه: فمات بشر بن الـبراء فأمر بهـا النبي ﷺ فقتلت: أخرجه أبو داود ولأن هذا يقتل غالباً ويتخذ طريقاً إلى القتل كثيراً فـأوجب القصاص كما لو أكـرهه عـلى شربه، فـأما حـديث أنس فلم يذكـر فيـه أن أحـداً مـات منـه. ولا يجب القصاص إلا أن يقتل بـه ويجوز أن يكـون النبي ﷺ لم يقتلها قبـل أن يموت بشر بن الـبراء فلما مـات أرسل إليهـا النبي ﷺ فسألهـا فاعـترفت فقتلها، فنقـل أنس صدر القصـة دون آخرهـا ويتعين حمله عليه جمعاً بين الخبرين، ويجوز أن يترك قتلها لكونها ما قصـدت بشر بن البراء إنما قصدت قتل النبي ﷺ فاختل العمد بالنسبة إلى بشر، وفارق تقـديم السكين لأنها لا تقـدم إلى إنسان ليقتل بها نفسه إنما تقدم إليه لينتفع بها وهو عـالم بمضرتها ونفعهـا فأشبـه ما لـو قدم إليـه السم وهو عالم به. فأما إن خلط السم بطعام نفسه وتركه في منزله فـدخل إنسـان فأكله فليس عليه ضمان بقصاص ولا دية لأنه لم يقتله وإنما الداخل قتل نفسه فأشبه مـا لو حفـر في داره بئراً فدخل رجل فوقع فيها وسواء قصد بذلك قتل الآكل مثل أن يعلم ظالماً يريد هجوم داره فـترك السم في الطعام ليقتله فهو كما لو حفر بئراً في داره ليقع فيهـا اللص إذا دخل ليسرق منهـا، ولو دخل رجل بإذنه فأكل الطعام المسموم بغير إذنه لم يضمنه لـذلك، وإن خلطه بـطعام رجـل أو قدم إليه طعاماً مسموماً وأخبره بسمه فأكله لم يضمنه لأنه أكله عالماً بحاله فأشبه ما لو قدم إليـه سكيناً فوجأ بها نفسه، وإن سقى إنساناً سماً أو خلطه بطعامه فأكله ولم يعلم به كان مما لا يقتل مثله غالباً فهو شبه عمد، فإن اختلف فيه هل يقتل مثله غالباً أو لا؟ وثم بينة تشهد عمل بها، وإن قالت البينة هو يقتل النضو الضعيف دون القوي، أو غـير هذا عملت عـلى حسب ذلك، وإن لم يكن مع أحدهما بينة فالقول قول الساقي، لأن الأصل عدم وجوب القصاص فلا يثبت بـالشك، ولأنـه أعلم بصفة مـا سقى. وإن ثبت أنه قـاتل. فقـال: لم أعلم أنه قـاتـل. ففيـه وجهان: **أحدهما**: عليه القود لأن السم من جنس ما يقتل به غالباً فأشبه ما لو جـرحه وقـال لم

أعلم أنه يموت منه. **والثاني**: لا قود عليه لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل، وهذه شبهة يسقط بها القود.

النوع السادس: أن يقتله بسحر، يقتل غالباً، فيلزمه القود لأنه قتله بما يقتل غالباً، فأشبه ما لو قتله بسكين، وإن كان مما لا يقتل غالباً، أو كان مما يقتل ولا يقتل، ففيه الدية دون القصاص لأنه عمد الخطأ فأشبه ضرب العصا.

النوع السابع: أن يتسبب إلى قتله بما يقتل غالباً، وذلك أربعة أضرب:

أحدها: أن يكره رجلاً على قتل آخر، فيقتله، فيجب القصاص على المكره والمكره جميعاً وبهذا قال مالك، وقال أبو حنيفة ومحمد: يجب القصاص على المكره دون المباشر، لقوله عليه الصلاة والسلام: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأن المكره آلة للمكره، بدليل وجوب القصاص على المكره، ونقل فعله إليه، فلم يجب على المكره كما لو رمى به عليه فقتله، وقال زفر: يجب على المباشر دون المكره لأن المباشرة تقطع حكم السبب كالحافر مع الدافع والآمر مع القاتل، وقال الشافعي: يجب على المكره، وفي المكره قولان، وقال أبو يوسف: لا يجب على واحد منهما. لأن المكره لم يباشر القتل، فهو كحافر البئر والمكره ملجأ فأشبه المرمى به على إنسان.

ولنا: على وجوبه على المكره أنه تسبب إلى قتله بما يفضي إليه غالباً، فأشبه ما لو ألسعته حية أو ألقاه على أسد في زبية.

ولنا: على وجوبه على المكره أنه قتله عمداً ظلماً لاستبقاء نفسه. فأشبه ما لو قتله في المخمصة ليأكله. وقولهم: إن المكره ملجأ غير صحيح فإنه متمكن من الامتناع، ولذلك أثم بقتله وحرم عليه، وإنما قتله عند الإكراه ظناً منه أن في قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكره. فأشبه القاتل في المخمصة ليأكله، وإن صار الأمر إلى الدية وجبت عليهما، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومحمد: لا دية على المكره بناء منهما على أنه آلة، وقد بينا فساده. وإنما هما شريكان يجب القصاص عليهما جميعاً فوجبت الدية عليهما كالشريكين بالفعل وكما يجب الجزاء على الدال على الصيد في الإحرام والمباشر والردء كالمباشر في المحاربة فعلى هذا إن أحب الولي قتل أحدهما: وأخذ نصف الدية من الآخر أو العفو عنه فله ذلك.

الضرب الثاني: إذا شهد رجلان على رجل بما يوجب قتله فقتل بشهادتهما ثم رجعا واعترفا بتعمد القتل ظلماً وكذبهما في شهادتهما فعليهما القصاص. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا قصاص عليهما لأنه تسبب غير ملجىء فلا يوجب القصاص كحفر البئر.

ولنا: ما روى القاسم بن عبد الرحمن: أن رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا على شهادتهما، فقال علي: لو أعلم أنكما تعمدتما لقطت أيديكما، وغرمهما دية يده، ولأنهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل غالباً فوجب عليهما القصاص كالمكره.

الضرب الثالث: الحاكم إذا حكم على رجل بالقتل عالماً بذلك متعمداً فقتله واعترف بذلك وجب القصاص، والكلام فيه كالكلام في الشاهدين ولو أن الولي الذي باشر قتله أقر بعلمه بكذب الشهود وتعمد قتله فعليه القصاص، لا أعلم فيه خلافاً فإن أمر الشاهدان والحاكم والولي جميعاً بذلك فعلى الولي القصاص لأنه باشر القتل عمداً وعدواناً، وينبغي أن لا يجب على غيره شيء لأنهم متسببون والمباشرة تبطل حكم المسبب كالدافع مع الحافر ويفارق هذا ما إذا لم يقر لأنه لم يثبت حكم مباشرة القتل في حقه ظلماً، فكان وجوده كعدمه، ويكون القصاص على الشاهدين والحاكم، لأن الجميع متسببون، وإن صار الأمر إلى الدية فهي عليهم أثلاثاً. ويحتمل أن يتعلق الحكم بالحاكم وحده، لأن تسببه أخص من تسببهم، فإن حكمه واسطة بين شهادتهم وقتله، فأشبه المباشر مع المتسبب، ولو كان الولي المقر بالتعمد لم يباشر القتل وإنما وكل فيه نظرت في الوكيل فإن أقر بالعلم وتعمد القتل ظلماً فهو القاتل وحده، لأنه مباشر للقتل عمداً ظلماً من غير إكراه فتعلق الحكم به كما لو أمر بالقتل في غير هذه الصورة، وإن لم يعترف بذلك: فالحكم متعلق بالولي، كما لو باشره. والله أعلم.

مسألة: قال: (ففيه القود إذا اجتمع عليه الأولياء، وكان المقتول حراً مسلماً).

أجمع العلماء على أن القود لا يجب إلا بالعمد، ولا نعلم بينهم في وجوبه بالقتل العمد إذا اجتمعت شروطه خلافاً، وقد دلت عليه الآيات والأخبار بعمومها فقال الله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلَا يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣] وقال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨] وقال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩] يريد والله أعلم: أن وجوب القصاص يمنع من يريد القتل منه شفقة على نفسه من القتل، فتبقى الحياة فيمن أريد قتله. وقيل: إن القاتل تنعقد العداوة بينه وبين قبيلة المقتول فيريد قتلهم خوفاً منهم ويريدون قتله وقتل قبيلته استيفاء ففي الاقتصاص منه بحكم الشرع قطع لسبب الهلاك بين القبيلتين، وقال الله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، وقال النبي ﷺ: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يقتل وإما أن يفدى» متفق عليه.

وروى أبو شريح الخزاعي قال: قال رسول الله ﷺ: «من أصيب بدم أو خبل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث، فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه أن يقتل أو يعفو أو يأخذ الدية» رواه أبو داود. وفي لفظ «فمن قتل له بعد مقالتي قتيل فأهله بين خيرتين: أن يأخذوا الدية أو يقتلوا» وقال عليه السلام: «العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول» وفي لفظ: «من قتل عامداً فهو قود» رواه أبو داود، وفي لفظ رواه ابن ماجة «من قتل عامداً فهو قود. ومن حال بينه وبينه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين. لا يقبل منه صرف ولا عدل» وقول الخرقي: إذا اجتمع عليه الأولياء، يعني إذا كان للمقتول أولياء يستحقون القصاص، فمن شرط وجوبه اجتماعهم على طلبه، ولو عفي واحد منهم سقط كله، وإن كان بعضهم غائباً أو غير مكلف لم

يكن لشركائه القصاص حتى يقدم الغائب ويختار القصاص أو يوكل ويبلغ الصبي ويفيق المجنون ويختاراه، وقولهم: إذا كان المقتول حراً مسلماً يعني مكافئاً للقاتل فإذا كان القاتل حراً مسلماً. اشترط كون المقتول حراً مسلماً لتحقق المكافأة بينهما، فإن كان الكافر لا يكافىء المسلم والعبد لا يكافىء الحر.

فصل: وأجمع أهل العلم على أن الحر المسلم يقاد به قاتله، وإن كان مجدع الأطراف معدوم الحواس، والقاتل صحيح سوى الخلق أو كان بالعكس، وكذلك إن تفاوتا في العلم والشرف والغنى والفقر والصحة والمرض والقوة والضعف والكبر والصغر والسلطان، والسوقة ونحو هذا من الصفات، لم يمنع القصاص بالاتفاق، وقد دلت عليه العمومات التي تلوناها، وقول النبي ﷺ: «المؤمنون تكافأ دماؤهم» ولأن اعتبار التساوي في الصفات والفضائل، يفضي إلى إسقاط القصاص بالكلية وفوات حكمة الردع والزجر، فوجب أن يسقط اعتباره كالطول والقصر والسواد والبياض.

فصل: ولا يشترط في وجوب القصاص كون القتل في دار الإسلام بل متى قتل في دار الحرب مسلماً عامداً عالماً بإسلامه فعليه القود سواء كان قد هاجر أو لم يهاجر، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب القصاص بالقتل في غير دار الإسلام فإن لم يكن المقتول هاجر لم يضمنه بقصاص ولا دية عمداً قتله أو خطأ وإن كان قد هاجر ثم عاد إلى دار الحرب كرجلين مسلمين دخلا دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه ضمنه بالدية ولم يجب القود وحكي عن أحمد رواية كقوله ولو قتل رجلاً أسيراً مسلماً في دار الحرب لم يضمنه إلا بالدية عمداً قتله أو خطأ.

ولنا: ما ذكرنا من الآيات والأخبار ولأنه قتل من يكافئه عمداً ظلماً فوجب عليه القود كما لو قتله في دار الإسلام ولأن كل دار يجب فيها القصاص إذا كان فيها إمام يجب وإن لم يكن فيها إمام كدار الإسلام.

فصل: وقتل الغيلة وغيره سواء في القصاص والعفو وذلك للولي دون السلطان، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وقال مالك الأمر عندنا أن يقتل به وليس لولي الدم أن يعفو عنه وذلك إلى السلطان والغيلة عنده أن يخدع الإنسان فيدخل بيتاً أو نحوه فيقتل أو يؤخذ ماله ولعله يحتج بقول عمر في الذي قتل غيلة لو تمالأ عليه أهل صنعاء لأقدتهم به وبقياسه على المحارب.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾ [الإسراء: ٣٣] وقول النبي ﷺ: «فأهله بين خيرتين» ولأنه قتيل في غير المحاربة فكان أمره إلى وليه كسائر القتلى وقول عمر لأقدتهم به أي أمكنت الولي من استيفاء القود منهم.

فصل: وإذا قتل رجلاً وادعى أنه وجده مع امرأته أو أنه قتله دفعاً عن نفسه أو أنه دخل منزله يكابره على ماله فلم يقدر على دفعه إلا بقتله لم يقبل قوله إلا ببينة ولزمه القصاص،

وروي نحو ذلك عن علي رضي الله عنه، وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً وسواء وجد في دار القاتل أو في غيرها أو وجد معه سلاح أو لم يوجد لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عمن وجد مع امرأته رجلاً فقتله فقال إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته ولأن الأصل عدم ما يدعيه فلا يثبت بمجرد الدعوى وإن اعترف الولي بذلك فلا قصاص عليه ولا دية لما روي عن عمر رضي الله عنه «أنه كان يوماً يتغدى إذ جاءه رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر فجاء الآخرون فقالوا يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا فقال له عمر ما يقولون؟ فقال يا أمير المؤمنين إني ضربت فخذي امرأتي فإن كان بينهما أحد فقد قتلته فقال عمر ما يقول؟ قالوا يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع في وسط فخذي المرأة فأخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه إليه وقال «إن عادوا فعد» رواه سعيد في سننه، وروي عن الزبير أنه كان يوماً قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له فأتاه رجلان فقالا أعطنا شيئاً فألقى إليهما طعاماً كان معه فقالا خل عن الجارية فضربهما بسيفه فقطعهما بضربة واحدة، ولأن الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كما لو أقر بقتله قصاصاً أو في حد يوجب قتله وإن ثبت ذلك ببينة فكذلك.

مسألة: قال: (وشبه العمد ما ضربه بخشبة صغيرة أو حجر صغير أو لكزه أو فعل به فعلاً الأغلب من ذلك الفعل أنه لا يقتل مثله فلا قود في هذا والدية على العاقلة).

شبه العمد أحد أقسام القتل وهو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالباً إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير والوكز واليد وسائر ما لا يقتل غالباً إذا قتل فهو شبه عمد لأنه قصد الضرب دون القتل ويسمى عمد الخطأ وخطأ العمد لاجتماع العمد والخطأ فيه فإنه عمد الفعل وأخطأ في القتل فهذا لا قود فيه والدية على العاقلة في قول أكثر أهل العلم، وجعله مالك عمداً موجباً للقصاص ولأنه ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ فمن زاد قسماً ثالثاً زاد على النص ولأنه قتله بفعل عمده فكان عمداً كما لو غرزه بإبرة فقتله وقال أبو بكر من أصحابنا تجب الدية في مال القاتل وهو قول ابن شبرمة لأنه موجب فعل عمد فكان في مال القاتل كسائر الجنايات.

ولنا: ما روى أبو هريرة قال: «اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى النبي ﷺ أن دية جنينها عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها» متفق عليه، فأوجب ديتها على العاقلة والعاقلة لا تحمل عمداً، وأيضاً قول النبي ﷺ «لا إن في قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل» وفي لفظ أن النبي ﷺ قال: «عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه» رواه أبو داود وهذا نص، وقوله هذا قسم ثالث قلنا نعم هذا ثبت بالسنة والقسمان الأولان ثبتا بالكتاب ولأنه قتل لا يوجب القود فكانت ديته على العاقلة كقتل الخطأ.

مسألة: قال: (والخطأ على ضربين أحدهما أن يرمي الصيد أو يفعل ما يجوز له فعله فيؤول إلى إتلاف حر مسلماً كان أو كافراً. فتكون الدية على عاقلته وعليه عتق رقبة مؤمنة).

وجملته أن الخطأ أن يفعل فعلاً لا يريد به إصابة المقتول فيصيبه ويقتله مثل أن يرمي صيداً أو هدفاً فيصيب إنساناً فيقتله قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يرمي الرامي شيئاً فيصيب غيره لا أعلمهم يختلفون فيه هذا قول عمر بن عبد العزيز وقتادة والنخعي والزهري وابن شبرمة والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي فهذا الضرب من الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة في مال القاتل بغير خلاف نعلمه، والأصل في وجوب الدية والكفارة قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا﴾ [النساء: ٩٢] وسواء كان المقتول مسلماً أو كافراً له عهد لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاق فدِيَة مُسلمة إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] ولا قصاص في شيء من هذا لأن الله تعالى أوجب به الدية ولم يذكر قصاصاً وقال النبي ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأنه لم يوجب القصاص في عمد الخطأ ففي الخطأ أولى.

فصل: وإن قصد فعلاً محرماً فقتل آدمياً مثل أن يقصد قتل بهيمة أو آدمياً معصوماً فيصيب غيره فيقتله فهو خطأ أيضاً لأنه لم يقصد قتله وهذا مذهب الشافعي وكذلك قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القتل الخطأ أن يرمي الرامي شيئاً فيصيب غيره، ويتخرج على قول أبي بكر أن هذا عمد لقوله في من رمى نصرانياً فلم يقع به السهم حتى أسلم أنه عمد يجب به القصاص لكونه قصد فعلاً محرماً قتل به إنساناً.

مسألة: قال: (والضرب الثاني: أن يقتل في بلاد الروم من عنده أنه كافر ويكون قد أسلم وكتم إسلامه إلى أن يقدر على التخلص إلى أرض الإسلام فيكون عليه في ماله عتق رقبة مؤمنة بلا دية لقول الله تعالى؛ ﴿وإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾).

هذا الضرب الثاني من الخطأ وهو أن يقتل في أرض الحرب من يظنه كافراً ويكون مسلماً ولا خلاف في أن هذا خطأ لا يوجب قصاصاً لأنه لم يقصد قتل مسلم فأشبه ما لو ظنه صيداً فبان آدمياً إلا أن هذا لا تجب به دية أيضاً ولا يجب إلا الكفارة، وروي هذا عن ابن عباس وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة وقتادة والأوزاعي والثوري وأبو ثور وأبو حنيفة، وعن أحمد رواية أخرى تجب به الدية والكفارة وهو قول مالك والشافعي لقول الله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢]. وقال عليه السلام: «ألا إن في قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا مائة من الإبل» ولأنه قتل مسلماً خطأ فوجبت ديته كما لو كان في دار الإسلام.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] ولم يذكر دية، وتركه ذكرها في هذا القسم مع ذكرها في الذي قبله وبعده ظاهر في أنها غير واجبة، وذكره لهذا قسماً مفرداً يدل على أنه لم يدخل في عموم الآية التي احتجوا بها، ويخص بها عموم الخبر الذي رووه.

مسألة: قال: (ولا يقتل مسلم بكافر).

أكثر أهل العلم لا يوجبون على مسلم قصاصاً بقتل كافر أي كافر كان، روي ذلك عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت ومعاوية رضي الله عنهم، وبه قال عمر بن عبد العزيز وعطاء والحسن وعكرمة والزهري وابن شبرمة ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر، وقال النخعي والشعبي وأصحاب الرأي: يقتل المسلم بالذمي خاصة، قال أحمد: الشعبي والنخعي قالا: دية المجوسي واليهودي والنصراني مثل دية المسلم، وإن قتله يقتل به هذا عجب يصير المجوسي مثل المسلم سبحان الله، ما هذا القول؟ واستبشعه، وقال النبي ﷺ يقول «لا يقتل مسلم بكافر» وهو يقول: يقتل بكافر، فأي شيء أشد من هذا؟ واحتجوا بالعمومات التي ذكرناها في أول الباب، وبما روى ابن البيلماني أن النبي ﷺ أقاد مسلماً بذمي وقال: «أنا حق من وفى بذمته» ولأنه معصوم عصمة مؤبدة فيقتل به قاتله كالمسلم.

ولنا: قول النبي ﷺ «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم، ولا يقتل مؤمن بكافر» رواه الإمام أحمد وأبو داود، وفي لفظ «لا يقتل مسلم بكافر» رواه البخاري وأبو داود، وعن علي رضي الله عنه قال من السنة: «ألا يقتل مسلم بكافر»، رواه الإمام أحمد، ولأنه منقوص بالكفر فلا يقتل به المسلم كالمستأمن، والعمومات مخصوصات بحديثنا، وحديثهم ليس له إسناد قاله أحمد وقال الدارقطني: يرويه ابن البيلماني، وهو ضعيف إذا أسند، فكيف إذا أرسل؟ والمعنى في المسلم أنه مكافىء للمسلم بخلاف الذمي، فأما المستأمن، فوافق أبو حنيفة الجماعة في أن المسلم لا يقاد به، وهو المشهور عن أبي يوسف، وعنه: يقتل به لما سبق في الذمي.

ولنا: إنه ليس بمحقون الدم على التأبيد، فأشبه الحربي مع ما ذكرنا من الدليل في التي قبلها.

فصل: فإن قتل كافر كافراً، ثم أسلم القاتل، أو جرحه، ثم أسلم الجارح، ومات المجروح. فقال أصحابنا: يقتص منه، وهو قول الشافعي، لأن القصاص عقوبة فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها كالحدود، لأنه حق وجب عليه قبل إسلامه، فلم يسقط بإسلامه كالدين، ويحتمل أن لا يقتل به وهو قول الأوزاعي لقول النبي ﷺ «لا يقتل مسلم بكافر» ولأنه مؤمن فلا يقتل بكافر كما لو كان مؤمناً حال قتله، ولأن إسلامه لو قارن السبب منع عمله فإذا طرأ سقط حكمه.

فصل: وإن جرح مسلم كافر فأسلم المجروح ثم مات مسلماً بسراية الجرح لم يقتل به قاتله، لأن التكافؤ معدوم حال الجناية وعليه دية مسلم، لأن اعتبار الأرش بحالة استقرار الجناية، بدليل ما لو قطع يدي رجل ورجليه فسرى إلى نفسه دية واحدة، ولو اعتبر حال الجرح وجب ديتان، ولو قطع حر يد عبد، ثم عتق ومات لم يجب قصاص لعدم التكافؤ حال الجناية، وعلى الجاني دية حر اعتباراً بحال الاستقرار، وهذا قول ابن حامد، وهو مذهب الشافعي. وللسيد أقل الأمرين من نصف قيمته أو نصف دية حر والباقي لورثته، لأن نصف قيمته إن كانت أقل فهي التي وجدت في ملكه، فلا يكون له أكثر منها، لأن الزائد حصل بحريته، ولا حق له فيما حصل بها، وإن كان الأقل الدية لم يستحق أكثر منها لأن نقص القيمة حصل بسبب من جهة السيد وإعتاقه. وذكر القاضي: أن أحمد نص في رواية حنبل فيمن فقأ عيني عبد، ثم أعتق ومات. أن الجاني قيمته للسيد، وهذا يدل على أن الاعتبار بحال الجناية، وهذا اختيار أبي بكر والقاضي وأبي الخطاب.

قال أبو الخطاب: من قطع يد ذمي ثم أسلم ومات ضمنه بدية ذمي، ولو قطع يد عبد فأعتقه سيده ومات، فعلى الجاني قيمته للسيد، لأن حكم القصاص معتبر بحال الجناية، دون حال السراية، فكذلك الدية، والأول أصح إن شاء الله لأن سراية الجرح مضمونة، فإذا أتلفت حراً مسلماً وجب ضمانه بدية كاملة، كما لو قتله بجرح ثان. وقول أحمد فيمن فقأ عيني عبد: عليه قيمته للسيد، لا خلاف فيه وإنما الخلاف في وجوب الزائد على القيمة من دية الحر للورثة، ولم يذكره أحمد ولأن الواجب مقدر بما تفضي إليه السراية دون ما تتلفه الجناية بدليل أن من قطعت يداه ورجلاه فسرى القطع إلى نفسه لم يلزم الجاني أكثر من دية، ولو قطع أصبعاً فسرى إلى نفسه لوجبت الدية كاملة. فكذلك إذا سرت إلى نفس حر مسلم تجب ديته كاملة. فأما إن جرح مرتداً أو حربياً، فسرى الجرح إلى نفسه فلا قصاص فيه ولا دية، سواء أسلم قبل السراية أو لم يسلم، لأن الجرح غير مضمون، فلم يضمن سرايته بخلاف التي قبلها.

فصل: ولو قطع يد مسلم فارتد، ثم مات بسراية الجرح لم يجب في النفس قصاص ولا دية ولا كفارة لأنها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون، وكذلك لو قطع يد ذمي فصار حربياً، ثم مات من جراحه. وأما اليد فالصحيح أنه لا قصاص فيها، وذكر القاضي وجهاً في وجوب القصاص فيها. لأن القطع استقر حكمه بانقطاع حكم سرايته فأشبه ما لو قطع طرفه، ثم قتله، أو جاء آخر فقتله وللشافعي في وجوب القصاص قولان.

ولنا: إنه قطع هو قتل لم يجب به القتل، فلم يجب القطع كما لو قطع من غير مفصل وفارق ما قاسوا عليه، فإن القطع لم يصر قتلاً. وهل تجب دية الطرف؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا ضمان فيه. لأنه تبين أنه قتل لغير معصوم. **والثاني**: تجب لأن سقوط حكم سراية الجراح لا يسقط ضمانه كما لو قطع طرف رجل ثم قتله آخر. فعلى هذا هل يجب ضمانه بدية المقطوع، أو بأقل الأمرين من ديته أو دية النفس؟ فيه وجهان: **أحدهما**: تجب دية المقطوع، فلو قطع يديه

ورجليه، ثم ارتد ومات، ففيه ديتان، لأن الردة قطعت حكم السراية. فأشبه انقطاع حكمها باندمالها. أو بقتل آخر له. والثاني: يجب أقل الأمرين، ولأنه لو لم يرتد لم يجب أكثر من دية النفس، فمع الردة أولى. ولأنه قطع صار قتلاً، فلم يجب أكثر من دية كما لو لم يرتد، وفارق أصل الوجه الأول، فإنه لم يصر قتلاً، ولأن الاندمال والقتل منع وجود السراية، والردة منعت ضمانها، ولم تمنع جعلها قتلاً، وللشافعي من التفصيل نحو مما قلنا.

فصل: وإن قطع مسلم يد نصراني فتمجس، وقلنا: لا يقر، فهو كما لو جنى على مسلم فارتد، وإن قلنا: يقر عليه، وجبت دية مجوسي، وإن قطع يد مجوسي فتنصر. ثم مات وقلنا: يقر، وجبت دية نصراني، ويجيء على قول أبي بكر والقاضي: أن تجب دية نصراني في الأولى، ودية مجوسي في الثانية. كقولهم فيمن جنى على عبد ذمي فأسلم وعتق ثم مات من الجناية ضمنه بقيمة عبد ذمي اعتباراً بحال الجناية.

فصل: وإن قطع يد مسلم فارتد، ثم أسلم ومات، وجب القصاص على قاتله، نص عليه أحمد رحمه الله في رواية محمد بن الحكم. وقال القاضي: يتوجه عندي أنه إن كان زمن الردة تسري في مثله الجناية لم يجب القصاص في النفس، وهل يجب في الطرف الذي قطع في إسلامه؟ على وجهين: وهذا مذهب الشافعي، لأن القصاص يجب بالجناية والسراية كلها فإذا لم يوجد جميعها في الإسلام لم يجب القصاص، كما لو جرحه جرحين، أحدهما في الإسلام والآخر في الردة فمات منهما.

ولنا: إنه مسلم حال الجناية والموت فوجب القصاص بقتله كما لو لم يرتد واحتمال السراية حال الردة لا يمنع لأنها غير معلومة فلا يجوز ترك السبب المعلوم باحتمال المانع كما لو لم يرتد فإنه يحتمل أن يموت بمرض أو بسبب آخر أو بالجرح مع شيء آخر يؤثر في الموت، فأما الدية فتجب كاملة، ويحتمل وجوب نصفها لأنه مات من جرح مضمون وسراية غير مضمونة فوجب نصف الدية كما لو جرحه إنسان وجرح نفسه فمات منهما، فأما إن كان زمن الردة لا تسري في مثله الجناية ففيه الدية أو القصاص. وقال الشافعي في أحد قوليه لا قصاص فيه لأنه انتهى إلى حال لو مات لم يجب القصاص.

ولنا: إنهما متكافئان حال الجناية والسراية والموت فأشبه ما لم يرتد وإن كان الجرح خطأ وجبت الكفارة بكل حال لأنه فوت نفساً معصومة.

فصل: وإن جرحه وهو مسلم فارتد ثم جرحه جرحاً آخر ثم أسلم ومات منهما فلا قصاص فيه لأنه مات من جرحين مضمون وغير مضمون ويجب فيه نصف الدية لذلك وسواء تساوى الجرحان أو زاد أحدهما مثل أن قطع يديه وهو مسلم فارتد فقطع رجله أو كان بالعكس لأن الجرح في الحالين كجرح رجلين. وهل يجب القصاص في الطرف الذي قطعه في حال إسلامه؟ يحتمل وجهين بناء على من قطع طرفه وهو مسلم فارتد ومات في ردته ولو قطع طرفه في ردته أولاً فأسلم ثم قطع طرفه الآخر ومات منهما فالحكم فيه كالتي قبلها.

فصل: ويقتل الذمي بالمسلم لأن النبي ﷺ قتل اليهودي الذي رض رأس جارية من الأنصار على أوضاح لها ولأنه إذا قتل بمثله فبمن فوقه أولى ويقتل بالذمي سواء اتفقت أديانهم أو اختلفت فلو قتل النصراني مجوسياً أو يهودياً قتل به نص عليه أحمد في النصراني يقتل بالمجوسي إذا قتله، قيل: فكيف يقتل به وديتها مختلفة؟ فقال: اذهب إلى أن النبي ﷺ قتل رجلاً بامرأة يعني أنه قتله بها مع اختلاف ديتها ولأنها تكافآ في العصمة بالذمة ونقيصة الكفر فجرى القصاص بينهما كما لو تساوى دينهما وهذا مذهب الشافعي.

فصل: ولا يقتل ذمي بحربي لا نعلم فيه خلافاً لأنه مباح الدم على الإطلاق أشبه الخنزير ولا دية فيه لذلك ولا كفارة ولا يجب بقتل المرتد قصاص ولا دية ولا كفارة لذلك سواء قتله مسلم أو ذمي وهو قول بعض أصحاب الشافعي. وقال بعض أصحاب الشافعي: يجب القصاص على الذمي بقتله والدية إذا عفا عنه. لأنه لا ولاية في قتله، وقال بعضهم: يجب القصاص دون الدية لأنه لا قيمة له.

ولنا: إنه مباح الدم أشبه الحربي ولأن من لا يضمنه المسلم لا يضمنه الذمي كالحربي.

فصل: وليس على قاتل الزاني المحصن قصاص ولا دية ولا كفارة. وهذا ظاهر مذهب الشافعي وحكى بعضهم وجهاً أن على قاتله القود لأن قتله إلى الامام فيجب القود على من قتله سواء كمن عليه القصاص إذا قتله غير مستحقه.

ولنا: إنه مباح الدم وقتله متحتم فلم يضمن كالحربي، ويبطل ما قاله بالمرتد وفارق القاتل فإن قتله غير متحتم وهو مستحق على طريق المعاوضة فاختص بمستحقه وها هنا قتله لله تعالى: فأشبه المرتد وكذلك الحكم في المجارب الذي تحتم قتله.

فصل: ويقتل المرتد بالمسلم والذمي ويقدم القصاص على القتل بالردة لأنه حق آدمي، وإن عفا عنه ولي القصاص فله دية المقتول فإن أسلم المرتد فهي في ذمته، وإن قتل بالردة أو مات تعلقت بماله وإن قطع طرفاً من أحدهما فعليه القصاص فيه أيضاً، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقتل المرتد بالذمي ولا يقطع طرفه بطرفه لأن أحكام الإسلام في حقه باقية بدليل وجوب العبادات عليه ومطالبته بالإسلام.

ولنا: إنه كافر فيقتل بالذمي كالأصلي، وقولهم: إن أحكام الإسلام باقية غير صحيح فإنه قد زالت عصمته وحرمته وحل نكاح المسلمات وشراء العبيد المسلمين وصحة العبادات وغيرها وأما مطالبته بالإسلام فهو حجة عليهم فإنه يدل على تغليظ كفره وأنه لا يقر على ردته لسوء حاله فإذا قتل بالذمي مثله فمن هو دونه أولى.

فصل: وإن جرح مسلم ذمياً ثم ارتد ومات المجروح لم يقتل به لأن التكافؤ مشترط حال وجود الجناية ولم يوجد، وإن قتل من يعرفه ذمياً أو عبداً وكان قد أسلم وعتق وجب القصاص لأنه قتل من يكافئه عمداً عدواناً فلزمه القصاص كما لو علم حاله وفارق من علمه حربياً لأنه لم يعمد إلى قتل معصوم.

مسألة: قال: (ولا حر بعبد).

وروي هذا عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد وابن الزبير رضي الله عنهم وبه قال الحسن وعطاء وعمر بن عبد العزيز وعكرمة وعمرو بن دينار ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور ويروى عن سعيد بن المسيب والنخعي وقتادة والثوري وأصحاب الرأي أنه يقتل به لعموم الآيات والأخبار لقول النبي ﷺ: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم» ولأنه آدمي معصوم فأشبه الحر.

ولنا: ما روى الإمام أحمد بإسناده عن علي رضي الله عنه أنه قال: من السنة أن لا يقتل حر بعبد وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لا يقتل حر بعبد» رواه الدارقطني ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوي في السلامة. فلا يقتل به كالأب مع ابنه ولأن العبد منقوص بالرق فلم يقتل به الحر كالمكاتب إذا ملك ما يؤدي والعمومات مخصوصات بهذا فنقيس عليه.

فصل: ولا يقتل السيد بعبده في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن النخعي وداود أنه يقتل به لما روى قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال: «من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه» رواه سعيد والإمام أحمد والترمذي وقال: حديث حسن غريب مع العمومات والمعنى في التي قبلها.

ولنا: ما ذكرناه في التي قبلها، وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: لو لم أسمع رسول الله ﷺ يقول: «لا يقاد المملوك من مولاه والولد من والده لأقدته منك» رواه النسائي وعن علي رضي الله عنه: « أن رجلاً قتل عبده فجلده النبي ﷺ مائة جلدة ونفاه عاماً ومحا اسمه من المسلمين» رواه سعيد والخلال وقال أحمد: ليس بشيء من قبل إسحاق بن أبي فروة، ورواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن أبي بكر وعمر أنهما قالا من قتل عبده جلد مائة وحرم سهمه مع المسلمين فأما حديث سمرة فلم يثبت قال أحمد: الحسن لم يسمع من سمرة إنما هي صحيفة، وقال عنه أحمد: إنما سمع الحسن من سمرة ثلاثة أحاديث ليس هذا منها ولأن الحسن أفتى بخلافه فإنه يقول: لا يقتل الحر بالعبد، وقال: إذا قتل السيد عبده يضرب ومخالفته له تدل على ضعفه.

فصل: ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد بغير خلاف علمناه بينهم ويقتل العبد بالحر ويقتل بسيده لأنه إذا قتل بمثله فبمن هو أكمل منه أولى مع عموم النصوص الواردة في ذلك، ومتى وجب القصاص على العبد فعفا ولي الجناية إلى المال فله ذلك ويتعلق أرشها برقبته لأنه موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص ثم إن شاء سيده أن يسلمه إلى ولي الجناية لم يلزمه أكثر من ذلك لأنه سلم إليه ما تعلق حقه به، وإن قال ولي الجناية : بعه وادفع إلي ثمنه لم يلزمه ذلك. لأنه لم يتعلق بذمته شيء، وإنما تعلق بالرقبة التي سلمها فبرىء منها، وفيه وجه آخر أنه يلزمه ذلك كما يلزمه بيع الرهن، وإن امتنع من تسليمه واختار فداءه فهل تلزمه قيمته أو أرش الجناية جميعاً؟ على روايتين ذكرناهما في غير هذا الموضع، وإن عفي عن القصاص ليملك رقبة العبد ففيه روايتان: إحداهما: يملكه بذلك لأنه يملك إتلافه فكان ملكاً له كسائر أمواله.

والثانية: لا يملكه لأنه محل تعلق به القصاص فلا يملكه بالعفو كالحر فعلى هـذه الروايـة يتعلق أرش الجناية برقبته كـما لو عفـا على مـال لأن العوض الـذي عفي لأجله لم يصح لـه فكان لـه عوضه كالعقود الفاسدة.

فصل: ويجري القصاص بين العبيد في النفس في قول أكـثر أهل العلم روي ذلـك عن عمر بن عبد العزيز وسالم والنخعي والشعبي والزهري وقتادة والثوري ومالـك والشافعي وأبي حنيفة، وروي عن أحمد رواية أخرى: أن من شرط القصـاص تساوي قيمتهم، وإن اختلفت قيمتهم لم يجر بينهم قصاص وينبغي أن يختص هذا بما إذا كانت قيمة القاتل أكثر فإن كانت أقل فـلا وهذا قـول عطاء وقـال ابن عباس: ليس بـين العبيـد قصـاص في نفس ولا جـرح لأنهم أموال.

ولنا: إن الله تعالى قال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُـوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِصَاصُ فِي القَتْلَى الحُـرُّ بِـالحُرِّ وَالعَبْـدُ بِالعَبْـدِ﴾ [البقرة: ١٧٨]. وهـذا نص من الكتاب فـلا يجوز خـلافه لأن تفـاوت القيمة كتفاوت الدية والفضائل فلا يمنع القصاص كالعلم والشرف والذكورية والأنوثية.

فصـل: ويجري القصـاص بينهم فيما دون النفس وبـه قال عمـر بن عبد العـزيز وسـالم والـزهري وقتـادة ومالـك والشافعي وأبـو ثور وابن المنـذر وعن أحمد روايـة أخرى: لا يجـري القصاص بينهم فيما دون النفس وهو قول الشعبي والنخعي والثوري وأبي حنيفة لأن الأطـراف مال فلا يجري القصاص فيها كالبهائم ولأن التساوي في الأطـراف معتبر في جـريان القصـاص بدليل أنا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ولا كاملة الأصابع بالناقصة وأطراف العبيد لا تتسـاوى. ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالعَيْن بِـالعَيْنِ﴾ [المائـدة: ٤٥]. ولأنه أحد نوعي القصاص فجرى بين العبيد كالقصاص في النفس.

فصل: وإذا وجب القصاص في طرف العبد وجب للعبد وله استيفاؤه والعفو عنه.

فصل: ولـو قتـل عبـد عبـداً ثـم عتـق القـاتـل قتـل بـه، وكـذلـك لـو جـرح عبـد عبـداً ثـم عتـق الجـارح ومات المجـروح قتل بـه لأن القصـاص وجب فلم يسقط بـالعتق بعـده ولأن التكـافؤ مـوجود حـال وجود الجنـاية وهي السبب فـاكتفى به، ولـو جرح حـر ذمي عبداً ثم لحق بـدار الحرب فأسر واسترق لم يقتل بالعبد لأنه حين وجوب القصاص حر.

فصل: وإذا قتل عبد عبداً عمداً فسيد المقتول مخير بـين القصاص والعفـو فإن عفا إلى مال تعلق بالمال برقبة القاتل. لأنه وجب بجنايته وسيده مخير بين فدائه وتسليمه فإن اختار فداءه فداه بأقل الأمرين من قيمته أو قيمـة المقتول لأنـه إن كان الأقـل قيمته لم يلزمـه أكثر منهـا لأنها بدل عنه، وإن كان الأقل قيمة المقتول فليس لسيده أكثر منها لأنها بدل عنه، وعنـه رواية أخـرى أن سيده إن اختار فداءه لزمه أرش الجناية بالغاً ما بلغ لأنه إذا سلمه للبيع ربما زاد فيه مزيداً أكثر من قيمته فإن قتل عشرة أعبد عبـداً لرجـل عمداً فعليهم القصـاص. فإن اختـار السيد قتلهم فله قتلهم، وإن عفا إلى مـال تعلقت قيمة عبـده برقـابهم على كـل واحد منهم عشرهـا يباع منـه

بقدرها ويفديه سيده فإن اختار قتل بعضهم والعفو عن البعض كان ذلك له لأن له قتل جميعهم والعفو عن جميعهم. وإن قتل عبد عبدين لرجل واحد فله قتله والعفو عنه فإن قتله سقط حقه وإن عفا إلى مال تعلقت قيمة العبدين برقبته فإن كانا لرجلين فكذلك إلا أن القاتل يقتل بالأول منهما لأن حقه أسبق فإن عفا عنه الأول قتل بالثاني وإن قتلهما دفعة واحدة أقرع بين السيدين فأيهما خرجت له القرعة اقتص وسقط عن الآخر. وإن عفا عن القصاص أو عفا سيد القتيل الأول عن القصاص إلى مال تعلق برقبة العبد وللثاني أن يقتص لأن تعلق المال بالرقبة لا يسقط حق القصاص كما لو جنى العبد المرهون، وإن قتله الآخر سقط حق الأول من القيمة، لأنه لم يبق محل يتعلق به، وإن عفا الثاني تعلقت قيمة القتيل الثاني برقبته أيضاً ويباع فيهما ويقسم ثمنه على قدر القيمتين ولم نقدم الأول بالقيمة كما قدمناه بالقصاص لأن القصاص لا يتبعض بينهما والقيمة يمكن تبعضها، فإن قيل فحق الأول أسبق قلنا لا يراعى السبق كما لو أتلف أموالاً لجماعة واحداً بعد واحد، فأما إن قتل العبد عبداً بين شريكين كان لهما القصاص والعفو، فإن عفا أحدهما سقط القصاص وينتقل حقهما إلى القيمة لأن القصاص لا يتبعض، وإن قتل عبدين لرجل واحد فله أن يقتص منه لأحدهما أيهما كان ويسقط حقه من الآخر وله أن يعفو عنه إلى مال وتتعلق قيمتها جميعاً برقبته.

فصل: ويقتل العبد القن بالمكاتب والمكاتب به ويقتل كل واحد منهما بالمدبر وأم الولد ويقتل المدبر وأم الولد بكل واحد منهما لأن الكل عبيد فيدخلون في عموم قوله تعالى: ﴿وَالعَبْدُ بِالعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨]. فقد دل على كون المكاتب عبداً قول النبي ﷺ: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»، وسواء كان المكاتب قد أدى من كتابته شيئاً أو لم يؤد وسواء ملك ما يؤدي أو لم يملك إلا إذا قلنا إنه إذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً فإنه لا يقتل بالعبد لأنه حر فلا يقتل بالعبد، وإن أدى ثلاثة أرباع مال الكتابة لم يقتل به أيضاً لأنه يصير حراً ومن لم يحكم بحريته إلا بأداء جميع الكتابة جاز قتله به، وقال أبو حنيفة: إذا قتل العبد مكاتباً له وفاء ووارث سوى مولاه لم يقتل به لأنه حين الجرح كان المستحق المولى وحين الموت الوارث ولا يجب القصاص إلا لمن يثبت حقه في الطرفين.

ولنا قوله تعالى: ﴿النَّفْسِ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]. وقوله تعالى: ﴿وَالعَبْدِ بِالعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨]. ولأنه لو كان قناً لوجب بقتله القصاص فإذا كان مكاتباً كان أولى كما لو لم يخلف وارثاً، وما ذكروه شيء بنوه على أصولهم ولا نسلمه.

مسألة: قال: (وإذا قتل الكافر العبد عمداً فعليه قيمته ويقتل لنقضه للعهد).

يعني الكافر الحر لا يقتل بالعبد المسلم لأن الحر لا يقتل بالعبد لفقدان التكافؤ بينهما ولأنه لا يحد بقذفه فلا يقتل بقتله كالأب مع ابنه وعليه قيمته ويقتل لنقضه العهد فإن قتل المسلم ينتقض به العهد بدليل ما روي أن ذمياً كان يسوق حماراً بامرأة مسلمة فنخسه بها فرماها ثم أراد إكراهها على الزنا فرفع إلى عمر رضي الله عنه فقال: ما على هذا صالحناهم

فقتله وصلبه وروي في شروط عمر أنه كتب إلى عبد الرحمن بن غنم أن ألحق بالشروط من ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده، ولأنه فعل ينافي الأمان وفيه ضرر على المسلمين فكان نقضاً للعهد كالاجتماع على قتال المسلمين والامتناع من أداء الجزية وفيه رواية أخرى أنه لا ينتقض عهده بذلك فعلى هذا عليه قيمته ويؤدب بما يراه ولي الأمر.

فصل: وإن قتل عبد مسلم حراً كافراً لم يقتل به لأنا لا نقتل المسلم بالكافر وإن قتل من نصفه حر عبداً لم يقتل به لأنا لا نقتل نصف الحر بعبد وإن قتله حر لم يقتل به لأن النصف الرقيق لا يقتل به الحر وإن قتل من نصفه حر من نصفه حر قتل به لأن القصاص يقع بين الجملتين من غير تفصيل وهما مستويان.

فصل: ويجري القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيتهم لعموم الآيات والأخبار ولأن المؤمنين تتكافأ دماؤهم ولا نعلم في هذا خلافاً، وثبت عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لرجل شكا إليه عاملاً أنه قطع يده ظلماً لئن كنت صادقاً لأقيد بك منه، وثبت أن عمر رضي الله عنه كان يقيد من نفسه وروى أبو داود قال: خطب عمر فقال إني لم أبعث عمالي ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم فمن فعل به ذلك فليرفعه إليَّ أقصه منه فقال عمرو بن العاص: لو أن رجلاً أدب بعض رعيته تقصه منه؟ قال: اي والذي نفسي بيده أقصه منه وقد رأيت رسول الله ﷺ أقص من نفسه ولأن المؤمنين تتكافأ دماؤهم وهذان حران مسلمان ليس بينهما إيلاء فيجري القصاص بينهما كسائر الرعية.

فصل: وإذا قتل القاتل غير ولي الدم فعلى قاتله القصاص ولورثة الأول الدين في تركة الجاني الأول وبهذا قال الشافعي، وقال الحسن ومالك يقتل قاتله ويبطل دم الأول لأنه فات محله فأشبه ما لو قتل العبد الجاني وروي عن قتادة وأبي هاشم لا قود على الثاني لأنه قتل مباح الدم فلم يجب بقتله قصاص كالزاني المحصن.

ولنا: على وجوب القصاص على قاتله أنه محل لم يتحتم قتله ولم يبح لغير ولي الدم قتله فوجب القصاص بقتله كما لو كان عليه دين.

ولنا: على وجوب الدية في تركة الجاني الأول أن القصاص إذا تعذر وجبت الدية كما لو مات أو عفا بعض الشركاء أو حدث مانع، وفارق العبد الجاني فإنه ليس له مال ينتقل إليه؛ فإن عفا أولياء الثاني على الدية أخذوها ودفعوها إلى ورثة الأول فإن كانت عليه ديون ضم ما قبضوا من الدية إلى سائر تركته ثم ضرب أولياء المقتول الأول مع سائر أهل الديون في تركته وديته، وإن أحال ورثة المقتول الثاني ورثة المقتول الأول بالدية على القاتل الثاني صحت الحوالة، ويتخرج أن تجب دية القتيل الأول على قاتله ابتداء لأن أتلف محل حق ورثته فكان غرامته عليه كما لو قتل العبد الجاني وإن مات القاتل عمداً وجبت الدية في تركته وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يسقط حق ولي الجناية وتوجيه المذهبين على ما تقدم.

مسألة: قال: (والطفل والزائل العقل لا يقتلان بأحد).

لا خلاف بين أهل العلم أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه مثل النائم والمغمى عليه ونحوهما، والأصل في هذا قول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق» ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود ولأنهم ليس لهم قصد صحيح فهم كالقاتل خطأ.

فصل: فإن اختلف الجاني وولي الجناية فقال الجاني: كنت صبياً حال الجناية وقال ولي الجناية كنت بالغاً فالقول قول الجاني مع يمينه إذا احتمل الصدق لأن الأصل الصغر وبراءة ذمته من القصاص وإن قال قتلته وأنا مجنون وأنكر الولي جنونه فإن عرف له حال جنون فالقول قوله أيضاً لذلك فإن لم يعرف له حال جنون فالقول قول الولي لأن الأصل السلامة وكذلك إن عرف له جنون ثم علم زواله قبل القتل، وإن ثبتت لأحدهما بينة بما ادعاه حكم له، وإن أقاما بينتين تعارضتا فإن شهدت البينة أنه كان زائل العقل فقال الولي: كنت سكراناً وقال القاتل: كنت مجنوناً فالقول قول القاتل مع يمينه لأنه أعرف بنفسه ولأن الأصل براءة دمته واجتناب المسلم فعل ما يحرم عليه.

فصل: فإن قتله وهو عاقل ثم جن لم يسقط عنه القصاص سواء ثبت ذلك عليه ببينة أو إقرار لأن رجوعه غير مقبول ويقتص منه في حال جنونه ولو ثبت عليه الحد بإقراره ثم جن لم يقم عليه حال جنونه لأن رجوعه يقبل فيحتمل أنه لو كان صحيحاً رجع.

فصل: ويجب القصاص على السكران إذا قتل حال سكره ذكره القاضي وذكر أبو الخطاب أن وجوب القصاص عليه مبني على وقوع طلاقه وفيه روايتان فيكون في وجوب القصاص عليه وجهان: **أحدهما**: لا يجب عليه لأنه زائل العقل فأشبه المجنون ولأنه غير مكلف أشبه الصبي والمجنون.

ولنا: إن الصحابة رضي الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه فأوجبوا عليه حد القاذف فلولا أن قذفه موجب للحد عليه لما وجب الحد بمظنته وإذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمي أولى ولأنه حكم لو لم يجب القصاص والحد لأفضى إلى أن من أراد أن يعصي الله تعالى شرب ما يسكره ثم يقتل ويزني ويسرق ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم ويصير عصيانه سبباً لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ولا وجه لهذا، وفارق هذا الطلاق ولأنه قول يمكن إلغاؤه بخلاف القتل. فأما إن شرب أو أكل ما يزيل عقله غير الخمر على وجه محرم فإن زال عقله بالكلية بحيث صار مجنوناً فلا قصاص عليه وإن كان يزول قريباً ويعود من غير تداو فهو كالسكر على ما فصل فيه.

مسألة: قال: (ولا يقتل والد بولده وإن سفل).

وجملته: أن الأب لا يقتل بولده والجد لا يقتل بولد ولده وإن نزلت درجته وسواء في ذلك ولد البنين أو ولد البنات، ومن نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده عمر بن الخطاب

رضي الله عنه، وبه قال ربيعة والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي. وقال ابن نافع وابن عبد الحكم وابن المنذر: يقتل به لظاهر آي الكتاب والأخبار الموجبة للقصاص ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنبيين. وقال ابن المنذر: قد رووا في هذا أخباراً، وقال مالك إن قتله حذفاً بالسيف ونحوه لم يقتل به وإن ذبحه أو قتله قتلاً لا يشك في أنه عمد إلى قتله دون تأديبه أقيد به.

ولنا: ما روى عمر بن الخطاب وابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «لا يقتل والد بولده» أخرج النسائي حديث عمر ورواهما ابن ماجة وذكرهما ابن عبد البر وقال: هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه حتى يكون الإسناد في مثله مع شهرته تكلفاً ولأن النبي ﷺ قال: «أنت ومالك لأبيك» وقضية هذه الإضافة تمليكه إياه فإذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت الإضافة شبهة في درء القصاص لأنه يدرأ بالشبهات ولأنه سبب إيجاده فلا ينبغي أن يتسلط بسببه على إعدامه وما ذكرناه يخص العمومات ويفارق الأب سائر الناس فإنهم لو قتلوا بالحذف بالسيف وجب عليهم القصاص والأب بخلافه.

فصل: والجد وإن علا كالأب في هذا وسواء كان من قبل الأب أو من قبل الأم في قول أكثر مسقطي القصاص عن الأب وقال الحسن بن حي يقتل به.

ولنا: إنه والد فيدخل في عموم النص ولأن ذلك حكم يتعلق بالولادة فاستوى فيه القريب والبعيد كالمحرمية والعتق إذا ملكه، والجد من قبل الأب كالجد من قبل الأم لأن ابن البنت يسمى ابناً قال النبي ﷺ في الحسن: «إن ابني هذا سيد».

مسألة: قال: (والأم في ذلك كالأب).

هذا الصحيح من المذهب وعليه العمل عند مسقطي القصاص عن الأب، وروي عن أحمد رحمه الله ما يدل على أنه لا يسقط عن الأم فإن مهنا نقل عنه في أم ولد قتلت سيدها عمداً تقتل، قال من يقتلها؟ قال ولدها. وهذا يدل على إيجاب القصاص بقتل ولدها وخرجها أبو بكر على روايتين: إحداهما: أن الأم تقتل بولدها لأنه لا ولاية لها عليه فتقتل به كالأخ، والصحيح الأول لقول النبي ﷺ: «لا يقتل والد بولده» ولأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب ولأنها أولى بالبر فكانت أولى بنفي القصاص عنها والولاية غير معتبرة بدليل انتفاء القصاص عن الأب بقتل الكبير الذي لا ولاية عليه وعن الجد ولا ولاية له وعن الأب المخالف في الدين أو الرقيق والجدة وإن علت في ذلك كالأم وسواء في ذلك من قبل الأب أو من قبل الأم لما ذكرنا في الجد.

فصل: وسواء كان الوالد مساويا للولد في الدين والحرية أو مخالفاً له في ذلك لأن انتفاء القصاص لشرف الأبوة وهو موجود في كل حال فلو قتل الكافر والده المسلم أو قتل المسلم أباه

الكافر أو قتل العبد ولده الحر أو قتل الحر ولده العبد لم يجب القصاص لشرف الأبوة فيما إذا قتل ولده وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده.

فصل: وإذا ادعى نفران نسب صغير مجهول النسب ثم قتلاه قبل إلحاقه بواحد منهما فلا قصاص عليهما لأنه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنهما وإن ألحقته القافة بأحدهما ثم قتلاه لم يقتل أبوه وقتل الآخر لأنه شريك الأب في قتل ابنه وإن رجعا جميعاً عن الدعوى لم يقبل رجوعهما لأن النسب حق للولد فلم يقبل رجوعهما عن إقرارهما به كما لو أقر له بحق سواه أو كما لو ادعاه واحد فألحق به ثم جحده وإن رجع أحدهما صح رجوعه وثبت نسبه من الآخر لأن رجوعه لم يبطل نسبه ويسقط القصاص عن الذي لم يرجع ويجب على الراجع لأنه شارك الأب وإن عفا عنه فعليه نصف الدية، ولو اشترك رجلان في وطء امرأة في طهر واحد وأتت بولد يمكن أن يكون منهما فقتلاه قبل إلحاقه بأحدهما لم يجب القصاص وإن نفيا نسبه لم ينتف بقولهما وإن نفاه أحدهما لم ينتف بقوله لأنه لحقه بالفراش فلا ينتفي إلا باللعان وفارق التي قبلها من وجهين: **أحدهما**: إذا رجع عن دعواه لحق الآخر وها هنا لا يلحق بذلك. **والثاني**: أن ثبوت نسبه ثم بالاعتراف فيسقط بالجحد وها هنا يثبت بالاشتراك في الوطء فلا ينتفي بالجحد. ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا سواء.

فصل: ولو قتل أحد الأبوين صاحبه ولهما ولد لم يجب القاص لأنه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على والده لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلأن لا يجب له بالجناية على غيره أولى وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواه أو من يشاركه في الميراث أو لم يكن لأنه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه وإذا لم يثبت بعضه سقط كله لأنه لا يتبعض وصار كما لو عفا بعض مستحق القصاص عن نصيبه منه فإن لم يكن للمقتول ولد منهما وجب القصاص في قول أكثر أهل العلم. منهم عمر بن عبد العزيز والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الزهري: لا يقتل الزوج بامرأته لأنه ملكها بعقد النكاح فأشبه الأمة.

ولنا: عمومات النص ولأنهما شخصان متكافئان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فيقتل به كالأجنبيين، وقوله إنه ملكها غير صحيح فإنها حرة وإنما ملك منفعة الاستمتاع فأشبه المستأجرة، ولهذا تجب ديتها عليه ويرثها ورثتها ولا يرث منها إلا قدر ميراثه ولو قتلها غيره كانت ديتها أو القصاص لورثتها بخلاف الأمة.

فصل: ولو قتل رجل أخاه فورثه ابنه أو أحد يرث ابنه منه شيئاً من ميراثه لم يجب القصاص لما ذكرنا، ولو قتل خال ابنه فورثت أم ابنه القصاص أو جزءاً منه ثم ماتت بقتل الزوج أو غيره فورثها ابنه سقط القصاص لأن ما منع مقارناً أسقط طارئاً وتجب الدية، ولو قتلت المرأة أخا زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص سواء صار إليه ابتداء أو انتقل إليه من أبيه أو من غيره لما ذكرنا.

فصل: وإذا قتل أحد أبوي المكاتب أو عبداً له لم يجب القصاص لأن الوالد لا يقتل بولده ولا يثبت للولد على والده قصاص، وإن اشترى المكاتب أحد أبويه ثم قتله لم يجب عليه قصاص لأن السيد لا يقتل بعبده.

فصل: ابنان قتل أحدهما أباه والآخر أمه فإن كانت الزوجية بينهما موجودة حال قتل الأول فالقصاص على قاتل الثاني دون الأول لأن القتيل الثاني ورث جزءاً من دم الأول فلما قتل ورثه قاتل الأول فصار له جزء من دم نفسه فسقط القصاص عنه ووجب له القصاص على أخيه فإن قتله ورثه إن لم يكن له وارث سواه لأنه قتله بحق، وإن عفا عنه إلى الدية وجبت وتقاضا بما بينهما وما فضل لأحدهما فهو له على أخيه، وإن لم تكن الزوجية بين الأبوين قائمة فعلى كل واحد منهما القصاص لأخيه لأنه ورث الذي قتله أخوه وحده دون قاتله فإن بادر أحدهما فقتل صاحبه فقد استوفى حقه وسقط القصاص عنه لأنه يرث أخاه لكونه قتلاً بحق فلا يمنع الميراث إلا أن يكون للمقتول ابن أو ابن ابن يحجب القاتل فيكون له قتل عمه ويرثه إن لم يكن له وارث سواه، وإن تشاحا في المبتدىء منهما بالقتل احتمل أن يبدأ بقتل القاتل الأول لأنه أسبق واحتمل أن يقرع بينهما وهذا قول القاضي ومذهب الشافعي لأنهما تساويا في الاستحقاق فيصيرا إلى القرعة وأيهما قتل صاحبه أولاً إما بمبادرة أو قرعة ورثه في قياس المذهب إن لم يكن له وارث سواه وسقط عنه القصاص وإن كان محجوباً عن ميراثه كله فلوارث القتيل قتل الآخر، وإن عفا أحدهما عن الآخر ثم قتل المعفو عنه العافي ورثه أيضاً وسقط عنه ما وجب عليه من الدية وإن تعافيا جميعاً على الدية تقاصا بما استويا فيه ووجب لقاتل الأم الفضل على قاتل الأب لأن عقل الأم نصف عقل الأب ويتخرج أن يسقط القصاص عنهما لتساويهما في استحقاقه لسقوط الديتين إذا تساوتا ولأنه لا سبيل إلى استيفائهما واستيفاء أحدهما دون الآخر حيف فلا يجوز فتعين السقوط، وإن كان لكل واحد منهما ابن يحجب عمه عن ميراث أبيه فإذا قتل أحدهما صاحبه ورثه ابنه ثم لابنه أن يقتل عمه ويرثه ابنه ويرث كل واحد من الابنين مال أبيه ومال جده الذي قتله عمه دون الذي قتله أبوه، وإن كان لكل واحد منهما ابنة فقتل أحدهما صاحبه سقط القصاص عنه لأنه ورث نصف مال أخيه ونصف قصاص نفسه فسقط عنه القصاص وورث مال أبيه الذي قتله أخوه ونصف مال أخيه ونصف مال أبيه الذي قتله هو وورثت البنت التي قتل أبوها نصف مال أبيها ونصف مال جدها الذي قتله عمها ولها على عمها نصف دية قتيله.

فصل: أربعة إخوة قتل الأول الثاني والثالث الرابع فالقصاص على الثالث لأنه لما قتل الرابع لم يرثه وورثه الأول. وقد كان للرابع نصف قصاص الأول فرجع نصف قصاصه إليه فسقط ووجب للثالث نصف الدية وكان للأول قتل الثالث لأنه لم يرث من دم نفسه شيئاً فإن قتله ورثه في ظاهر المذهب ويرث ما يرثه عن أخيه الثاني وإن عفا عنه إلى الدية وجبت عليه بكمالها يقاصه بنصفها وإن كان لهما ورثة كان فيها من التفصيل مثل الذي في التي قبلها.

مسألة: قال: (ويقتل الولد بكل واحد منهما).

هذا قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي، وحكى أصحابنا عن أحمد رواية ثانية أن الابن لا يقتل بأبيه لأنه ممن لا تقبل شهادته له بحق النسب فلا يقتل به كالأب مع ابنه والمذهب أنه يقتل به للآيات والأخبار وموافقة القياس ولأن الأب أعظم حرمة وحقاً من الأجنبي فإذا قتل بالأجنبي فبالأب أولى ولأنه يحد بقذفه فيقتل به كالأجنبي ولا يصح قياس الابن على الأب لأن حرمة الوالد على الولد آكد والابن مضاف إلى أبيه بلام التمليك بخلاف الوالد مع الولد. وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين عن سراقة عن النبي ﷺ. **أحدهما**: أنه قال: «لا يقاد الأب من ابنه ولا الابن من أبيه». **والثاني**: أنه كان يقيد الأب من ابنه ولا يقيد الابن من أبيه» رواه الترمذي وهذان الحديثان، أما الحديث الأول لا نعرفه ولم نجده في كتب السنن المشهورة ولا أظن له أصلاً وإن كان له أصل فهما متعارضان متدافعان يجب اطراحهما والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة والإجماع الذي لا تجوز مخالفته.

مسألة: قال: (ويقتل الجماعة بالواحد).

وجملته: أن الجماعة إذا قتلوا واحداً فعلى كل واحد منهم القصاص إذا كان كل واحد منهم لو انفرد بفعله وجب عليه القصاص روي ذلك عن عمر وعلي والمغيرة وابن شعبة وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وأبو سلمة وعطاء وقتادة وهو مذهب مالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي، وحكي عن أحمد رواية أخرى: لا يقتلون به وتجب عليهم الدية. وهذا قول ابن الزبير والزهري وابن سيرين وحبيب بن أبي ثابت وعبد الله وربيعة وداود وابن المنذر وحكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس. وروي عن معاذ بن جبل وابن الزبير وابن سيرين والزهري: أنه يقتل منهم واحد ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية لأن كل واحد منهم مكافىء له فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد ولأن الله تعالى قال: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾ [البقرة: ١٧٨]. وقال: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]. فمقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ولأن التفاوت في الأوصاف يمنع بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد والتفاوت في العدد أولى. قال ابن المنذر: لا حجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد.

ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم. روى سعيد بن المسيب «أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً»، وعن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلاً. وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فكان إجماعاً ولأنها عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة كحد القذف، ويفارق الدية فإنها تتبعض والقصاص لا يتبعض ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى التسارع إلى القتل به فيؤدي إلى إسقاط حكمة الردع والزجر.

فصل: ولا يعتبر في وجوب القصاص على المشتركين التساوي في سببه فلو جرحه رجل جرحاً والآخر مائة أو جرحه أحدهما موضحة والآخر آمة أو أحدهما جائفة والآخر غير جائفة فمات كانا سواء في القصاص والدية لأن اعتبار التساوي يفضي إلى سقوط القصاص عن المشتركين إذ لا يكاد جرحان يتساويان من كل وجه، ولو احتمل التساوي لم يثبت الحكم لأن الشرط يعتبر العلم بوجوده ولا يكتفى باحتمال الوجود بل الجهل بوجوده كالعلم بعدمه في انتفاء الحكم ولأن الجرح الواحد يحتمل أن يموت منه دون المائة كما يحتمل أن يموت من الموضحة دون الآمة ومن غير الجائفة دون الجائفة ولأن الجراح إذا صارت نفساً سقط اعتبارها فكان حكم الجماعة كحكم الواحد ألا ترى أنه لو قطع أطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة كما لو قطع طرفه فمات؟».

فصل: إذا اشترك ثلاثة في قتل رجل فقطع أحدهم يده والآخر رجله وأوضحه الثالث فمات فللولي قتل جميعهم والعفو عنهم إلى الدية فيأخذ من كل واحد ثلثها وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين وله أن يعفو عن اثنين فيأخذ منهما ثلثي الدية ويقتل الثالث فإن برئت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين فله أن يقتص من الذي برىء جرحه بمثل جرحه ويقتل الآخرين أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقتل أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية وله أن يعفو عن الذي برىء جرحه ويأخذ منه دية جرحه فإن ادعى الموضح أن جرحه برىء قبل موته وكذبه شريكاه نظرت في الولي فإن صدقه ثبت حكم البرء بالنسبة إليه فلا يملك قتله ولا مطالبته بثلث الدية وله أن يقتص منه موضحة أو يأخذ منه أرشها ولم يقبل قوله في حق شريكه لأن الأصل عدم البرء فيها لكن إن اختار الولي القصاص فلا فائدة لهما في إنكار ذلك لأن له أن يقتلهما سواء برئت أو لم تبرأ، وإن اختار الدية لم يلزمهما أكثر من ثلثيها، وإن كذبه الولي حلف وله الاقتصاص منه أو مطالبته بثلث الدية ولم يكن له مطالبة شريكه بأكثر من ثلثها فإن شهد له شريكاه ببرئها لزمهما الدية كاملة لإقرارهما بوجوبها وللولي أخذها منهما إن صدقهما وإن لم يصدقهما وعفا إلى الدية لم يكن له أكثر من ثلثيها لأنه لا يدعي أكثر من ذلك، وتقبل شهادتهما له إن كانا قد تابا وعدلا لأنهما لا يجران إلا أنفسهما بذلك نفعاً فيسقط القصاص عنه ولا يلزمه أكثر من أرش موضحة.

فصل: إذا قطع رجل يده من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق ثم مات نظرت فإن كانت جراحة الأول برئت قبل قطع الثاني فالثاني هو القاتل وحده وعليه القود أو الدية كاملة إن عفا عن قتله وله قطع يد الأول أو نصف الدية، وإن لم تبرأ فهما قاتلان وعليهما القصاص في النفس وإن عفا إلى الدية وجبت عليهما وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: هو القاتل الثاني وحده لا قصاص على الأول في النفس لأن قطع الثاني قطع سراية قطعه ومات بعد زوال جنايته فأشبه ما لو اندمل جرحه. وقال مالك: إن قطعه الثاني عقيب قطع الأول قتلا جميعاً وإن عاش بعد قطع الأول حتى أكل وشرب ومات عقيب قطع الثاني فالثاني هو القاتل وحده وإن عاش بعدهما حتى أكل وشرب فللأولياء أن يقسموا على أيهما شاؤوا ويقتلوه.

ولنا: إنهما قطعان لو مات بعد كل واحد منهما وحده لـوجب عليه القصـاص فإذا مـات بعدهما وجب عليهما القصاص كما لو كان في يدين ولأن القطع الثاني لا يمنـع جنايتـه بعده فـلا يسقط حكم مـا قبله كما لـو كان في يـدين ولا نسلم زوال جنـايتـه ولا قـطع سرايتـه فـإن الألم الحاصل بالقطع الأول لم يزل وإنما انضم إليه الألم الثاني فضعفت النفس عن احتـمالها فـزهقت بهما فكل القتل بهما ويخالف الاندمال فإنه لا يبقى معه الألم الـذي حصل في الأعضـاء الشريفة فاختلفا، فإن ادعى الأول أن جرحه اندمل فصدقه الولي سقط عنه القتل ولـزمه القصـاص في اليد أو نصف الدية، وإن كذبه شريكه واختار الولي القصاص فلا فائدة له في تكذيبه لأن قتله واجب، وإن عفا عنه إلى الدية فالقول قـوله مـع يمينه. ولا يلزمـه أكثر من نصف الـدية، وإن كذب الولي الأول حلف وكان له قتله لأن الأصل عدم ما ادعاه ولو ادعى الثاني اندمال جرحه فالحكم فيه كالحكم في الأول إذا ادعى ذلك.

مسألة: قال: (وإذا قطعوا بها قطعت نظيرتها من كل واحد منهم).

وجملته: أن الجماعة إذا اشتركوا في جرح موجب للقصاص وجب القصاص على جميعهم، وبه قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور، وقال الحسن والزهري والثوري وأصحـاب الرأي وابن المنذر: لا نقطع يدان بيد واحدة ويتعين ذلـك وجهاً في مـذهب أحمد. لأنـه روي عنه أن الجماعة لا يقتلون بالواحد، وهذا تنبيه على أن الأطراف لا تؤخذ بطرف واحد، لأن الأطـراف يعتبر التساوي فيها بدليـل أنا لا نـأخذ الصحيحـة بالشـلاء ولا كاملة الأصـابع بنـاقصتها ولا أصلية بزائـدة ولا زائدة بـأصلية، ولا يميناً بيسار ولا يسـاراً بيمين، ولا نسـاوي بين الـطرف والأطراف فوجب امتنـاع القصاص بينهـما ولا يعتبر التسـاوي في النفس فإننـا نأخـذ الصحيح بالمريض وصحيح الأطراف بمقطوعها وأشلها، ولأنه يعتـبر في القصاص في الأطـراف التساوي في نفس القطع بحيث لو قـطع كل واحـد من جانب لم يجب القصـاص بخلاف النفس، ولأن الاشتراك الموجب للقصاص في النفس يقع كثيراً فوجب القصاص زجراً عنه كيلا يتخـذ وسيلة إلى كثرة القتل، والاشتراك المختلف فيه لا يقع إلا في غاية الندرة فـلا حاجـة إلى الزجـر عنه، ولأن إيجـاب القصاص عـلى المشتركـين في النفس يحصـل بـه الـزجـر عن كـل اشـتراك أو عن الاشتراك المعتاد، وإيجابه عن المشتركين في الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتـاد ولا عن شيء من الاشتراك إلا على صورة نادرة الوقوع بعيدة الوجود يحتاج في وجودها إلى تكلف، فإيجاب القصاص للزجر عنها يكون منعاً لشيء ممتنع بنفسه لصعوبته وإطلاقاً في القطع السهـل المعتـاد بنفي القصاص عن فـاعله وهذا لا فـائدة فيـه بخلاف الاشـتراك في النفس، يحققه أن وجوب القصاص على الجماعة بواحد في النفس والطرف عـلى خلاف الأصـل لكونـه يأخـذ في الاستيفاء زيادة على ما فوت عليه ويخل بالتماثل المنصـوص على النهي عـما عداه، وإنمـا خولف هذا الأصل في الأنفس زجراً عن الاشتراك الذي يقع القتل به غالباً ففيما عداه يجب البقاء على أصـل التحريم، ولأن النفس أشرف من الـطرف ولا يلزم من المحافـظة عليها بـأخذ الجـماعة بالواحد المحافظة على ما دونها بذلك.

ولنا: ما روي أن شاهدين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده، ثم جاءا بآخر فقال: هذا هو السارق وأخطأنا في الأول فرد شهادتهما على الثاني وغرمهما دية الأول، وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما، فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحدة، ولأنه أحد نوعي القصاص فتؤخذ الجماعة بالواحد كالأنفس، وأما اعتبار التساوي فمثله في الأنفس فإننا نعتبر التساوي فيهما فلا نأخذ مسلماً بكافر ولا حر بعبد، وأما أخذ صحيح الأطراف بمقطوعها فلأن الطرف ليس هو من النفس المقتص منها وإنما يفوت تبعاً ولذلك كانت ديتهما واحدة بخلاف اليد الناقصة والشلاء مع الصحيحة فإن ديتهما مختلفة، وأما اعتبار التساوي في الفعل فإنما اعتبر في اليد لأنه يمكن مباشرتها بالقطع فإذا قطع كل واحد منها من جانب كان فعل كل واحد منهما متميزاً عن فعل صاحبه، فلا يجب على إنسان قطع محل لم يقطع مثله، وأما النفس فلا يمكن مباشرتها بالفعل وإنما أفعالهم في البدن فيفضي ألمه إليها فتزهق ولا يتميز ألم فعل أحدهما من ألم فعل الآخر فكانا كالقاطعين في محل واحد ولذلك لا يستوفي من الطلاف إلا في المفصل الذي قطع الجاني منه، ولا يجوز تجاوزه وفي النفس لو قتله بجرح في بطنه أو جنبه أو غير ذلك كان الاستيفاء من العنق دون المحل الذي وقعت الجناية فيه. إذا ثبت هذا فإنما يجب القصاص على المشتركين في الطرف إذا اشتركوا فيه على وجه ولا يتميز فعل أحدهم عن فعل الآخر، إما بأن يشهدوا عليه بما يوجب قطعه فيقطع ثم يرجعون عن الشهادة أو يكرهوا إنساناً على قطع طرف فيجب قطع المكرهين كلهم والمكره أو يلقوا صخرة على طرف إنسان فيقطعه أو يقطعوا يداً أو يقلعوا عيناً بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل ويتحاملوا عليها جميعاً أو يمدوها فتبين، فإن قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتمه غيره أو ضرب كل واحد ضربة أو وضعوا منشاراً على مفصله ثم مده كل واحد إليه مرة حتى بانت اليد فلا قصاص فيه لأن كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك في قطع جميعها، وإن كان قتل واحد منهم يمكن الاقتصاص بمفرده اقتص منه وهذا مذهب الشافعي.

مسألة: قال: (وإذا قتل الأب وغيره عمداً قتل من سوى الأب).

وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور، وعن أحمد رواية أخرى: لا قصاص على واحد منهما وهو قول أصحاب الرأي لأنه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كقتل العامد والخاطىء والصبي والبالغ والمجنون والعاقل.

ولنا: انه شارك في القتل العمد العدوان فيمن يقتل به لو انفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبي، ولا نسلم أن فعل الأب غير موجب فإنه يقتضي الإيجاب لكونه تمحض عمداً عدواناً والجناية به أعظم إثماً وأكثر جرماً ولذلك خصه الله تعالى بالنهي عنه فقال: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ﴾. ثم قال: ﴿إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْأً كَبِيراً﴾ [الإسراء: ٣١]. ولما سئل النبي ﷺ عن أعظم الذنب: قال: «أن تجعل لله نداً وهو خلقك، ثم أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك، فجعله أعظم الذنوب بعد الشرك ولأنه قطع الرحم التي أمر الله تعالى

بصلتها ووضع الإساءة موضع الإحسان فهو أولى بإيجاب العقوبة والزجر عنه، وإنما امتنع الوجوب في حق الأب لمعنى مختص بالمحل لا لقصور في السبب الموجب فلا يمتنع عمله في المحل الذي لا مانع فيه. وأما شريك الخاطىء فلنا فيه منع ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب، فإن فعل الخاطىء غير موجب للقصاص ولا صالح له والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمداً لوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق النفس بخلاف مسألتنا.

فصل: وكل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور في السبب فهو في وجوب القصاص على شريكه كالأب وشريكه مثل أن يشترك مسلم وذمي في قتل عبد عمداً عدواناً فإن القصاص لا يجب على المسلم والحر ويجب على الذمي والعبد إذا قلنا بوجوبه على شريك الأب لأن امتناع القصاص عن المسلم لإسلامه وعن الحر لحريته وانتفاء مكافأة المقتول له: وهذا المعنى لا يتعدى إلى فعله ولا إلى شريكه فلم يسقط القصاص عنه.

وقد نقل عبد الله بن أحمد قال: سألت أبي رحمه الله عن حر وعبد قتلا عبداً عمداً؟ قال: أما الحر فلا يقتل بالعبد وعلى الحر نصف قيمة العبد في ماله والعبد إن شاء سيده أسلمه وإلا فداه بنصف قيمة العبد. وظاهر هذا أنه لا قصاص على العبد فيخرج مثل ذلك في كل قتل شارك فيه من لا يجب عليه القصاص.

مسألة: قال: (وإذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ لم يقتل واحد منهم وعلى العاقل ثلث الدية في ماله وعلى عاقلة كل واحد من الصبي والمجنون ثلث الدية وعتق رقبتين في أموالهما لأن عمدهما خطأ).

أما إذا شاركوا في القتل من لا قصاص عليه لمعنى في فعله كالصبي والمجنون فالصحيح في المذهب أنه لا قصاص عليه، وبهذا قال الحسن والأوزاعي وإسحاق وأبو حنيفة وأصحابه، وهو أحد قولي الشافعي، وعن أحمد رواية أخرى: أن القود يجب على البالغ العاقل حكاها ابن المنذر عن أحمد، وحكي ذلك عن مالك وهو القول الثاني للشافعي، وروي ذلك عن قتادة والزهري وحماد لأن القصاص عقوبة تجب عليه جزاء لفعله فمتى كان فعله عمداً عدواناً وجب القصاص عليه ولا ننظر إلى فعل شريكه بحال ولأنه شارك في القتل عمداً عدواناً فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبي وذلك لأن الإنسان إنما يؤخذ بفعله لا بفعل غيره، فعلى هذا يعتبر فعل الشريك منفرداً فمتى تمحض عمداً عدواناً وكان المقتول مكافئاً له وجب عليه القصاص. وبنى الشافعي قوله على أن فعل الصبي والمجنون إذا تعمداه عمد لأنهما يقصدان القتل وإنما سقوط القصاص عنهما لمعنى فيهما وهو عدم التكليف فلم يقتض سقوطه عن شريكهما كالأبوة.

ولنا: إنه شارك من لا مأثم عليه في فعله فلم يلزمه قصاص. كشريك الخاطىء ولأن الصبي والمجنون لا قصد لهما صحيح ولهذا لا يصح إقرارهما فكان حكم فعلهما حكم الخطأ

وهذا معنى قول الخرقي عمدهما خطأ أي في حكم الخطأ في انتفاء القصاص عنده ومدار ديته وحمل عاقلتهما إياها ووجوب الكفارة.

إذا ثبت هذا فإن الدية تجب عليهم أثلاثاً على كل واحد منهم ثلثها لأن الدية بدل المحل ولذلك اختلفت باختلافه والمحل المتلف واحد فكانت ديته واحدة ولأنها تتقدر بقدره أما القصاص فإنما كمل في كل واحد لأنه جزاء الفعل وأفعالهم متعددة فتعد في حقهم وكمل في حق كل واحد كما لو قذف جماعة واحداً إلا أن الثلث الواجب على المكلف يلزم في ماله حالاً لأن فعله عمد والعاقلة لا تحمل العمدوما يلزم الصبي والمجنون فعلى عاقلتهما لأن عمدهما خطأ والعاقلة تحمل جناية الخطأ إذا بلغت ثلث الدية وتكون مؤجلة عاماً فإن الواجب متى كان ثلث الدية كان أجله عاماً ويلزم كل واحد منهما الكفارة من ماله لأن فعلهما خطأ والقاتل الخاطىء والمشارك في القتل خطأ يلزمه كفارة لأنها لا تجب بدلاً عن المحل ولهذا لم تختلف وإنما وجبت تكفيراً للفعل ومحواً لأثره فوجب تكميلها كالقصاص.

مسألة: قال: (ويقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر).

هذا قول عامة أهل العلم منهم النخعي والشعبي والزهري وعمر بن عبد العزيز ومالك وأهل المدينة والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وغيرهم.

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال: يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية. أخرجه سعيد، وروي مثل هذا عن أحمد وحكي ذلك عن الحسن وعطاء وحكي عنهما مثل قول الجماعة ولعل من ذهب إلى القول الثاني يحتج بقول علي رضي الله عنه. ولأن عقلها نصف عقله فإذا قتل بها بقي له بقية فاستوفيت ممن قتله.

ولنا: قوله تعالى: ﴿النَّفْس بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]. وقوله: ﴿الحُرُّ بِالحُرِّ﴾ [البقرة: ١٧٨]. مع عموم سائر النصوص وقد ثبت «أن النبي ﷺ قتل يهودياً رض رأس جارية من الأنصار» وروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده «أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والأسنان، وأن الرجل يقتل بالمرأة» وهو كتاب مشهور عند أهل العلم متلقى بالقبول عندهم ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهم بقذف صاحبه فقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين ولا يجب مع القصاص شيء لأنه قصاص واجب فلم يجب معه شيء على المقتص كسائر القصاص، واختلاف الأبدال لا عبرة به في القصاص بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحد والنصراني يؤخذ بالمجوسي مع اختلاف دينيهما ويؤخذ العبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما.

فصل: ويقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى ويقتل بهما لأنه لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى.

مسألة: قال: (ومن كان بينهما في النفس قصاص فهو بينهما في الجراح).

وجملته: أن كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس جرى القصاص بينهما في الأطراف فيقطع الحر المسلم بالحر المسلم والعبد بالعبد والذمي بالذمي والذكر بالأنثى والأنثى بالذكر ويقطع الناقص بالكامل كالعبد بالحر والكافر بالمسلم ومن لا يقتل بقتله لا يقطع طرفه بطرفه فلا يقطع مسلم بكافر ولا حر بعبد ولا والد بولد وبهذا قال مالك والثوري والشافعي وأبو ثور وإسحاق وابن المنذر قال أبو حنيفة: لا قصاص في الطرف بين مختلفي البدل فلا يقطع الكامل بالناقص ولا الناقص بالكامل ولا الرجل بالمرأة ولا المرأة بالرجل ولا الحر بالعبد ولا العبد بالحر ويقطع المسلم بالكافر والكافر بالمسلم لأن التكافؤ معتبر في الأطراف بدليل أن الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ولا الكاملة بالناقصة فكذا لا يؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة ولا يؤخذ طرفها بطرفه كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى.

ولنا: إن من جرى بينهما القصاص في النفس جرى في الطرف كالحرين وما ذكروه يبطل بالقصاص في النفس فإن التكافؤ معتبر بدليل أن المسلم لا يقتل بمستأمن ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة بالكاملة لأن المماثلة قد وجدت وزيادة فوجب أخذها بها إذا رضي المستحق كما تؤخذ ناقصة الأصابع بكاملة الأصابع وأما اليسار واليمين فيجريان مجرى النفس لاختلاف محليهما وهذا استوى بدلهما فعلم أنها ليست ناقصة عنها شرعاً ولا العلة فيهما ذلك. .

مسألة: قال (وإذا قتلاه وأحدهما مخطىء والآخر متعمد فلا قود على واحد منهما، وعلى العامد نصف الدية في ماله، وعلى عاقلة المخطىء نصفها وعليه في ماله عتق رقبة مؤمنة)

أما المخطىء فلا قصاص عليه للكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مؤمِناً إِلَّا خطأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خطأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسلمَةٌ إِلى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] وقال تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُم جنَاحٌ فِيمَا أَخْطأْتُم بِهِ﴾ [الأحزاب: ٥] وأما السنة فقول النبي ﷺ «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان» وأجمع أهل العلم على أنه لا قصاص عليه، وأما شريكه فأكثر أهل العلم لا يرون عليه قصاصاً وبه قال النخعي والشافعي وأصحاب الرأي، وروي عن أحمد أن عليه القصاص، وحكي ذلك لأنه شارك في القتل عمداً عدواناً فوجب عليه القصاص كشريك العامد ولأن مؤاخذته بفعله وفعله عمد وعدوان لا عذر له فيه.

ولنا: إنه قتل لم يتمحض عمداً فلم يوجب القصاص كشبه العمد وكما لو قتله واحد بجرحين عمداً وخطأً ولأن كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب فإذا كانا عامدين فكل واحد متسبب إلى فعل موجب للقصاص فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه إليه، وها هنا إذا أقمنا المخطىء مقام العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأ وهذا غير موجب.

فصل: وهل يجب القصاص على شريك نفسه وشريك السبع؟ فيه وجهان ذكرهما أبو عبد الله بن حامد، وصورة ذلك أن يجرحه سبع ويجرحه إنسان عمداً إما قبل ذلك أو بعده

فيموت منهما أو يجرح نفسه عمداً ثم يخرجه غيره عمداً فيموت منهما، فهل يجب على المشارك له قصاص؟ فيه وجهان، واختلف عن الشافعي فيه، وقال أصحاب الرأي لا قصاص عليه لأنه شارك من لا يجب القصاص عليه فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطىء، ولأنه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كالقتل الحاصل من عمد وخطأ، ولأنه إذا لم يجب على شريك الخاطىء وفعله مضمون فلأن لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى.

والوجه الثاني: عليه القصاص وهو قول أبي بكر، وروي عن أحمد أنه قال إذا جرحه رجل ثم جرح الرجل نفسه فمات فعلى شريكه القصاص لأنه قتل عمد متمحض فوجب القصاص على الشريك فيه كشريك الأب، فأما إن جرح الرجل نفسه خطأ كأنه أراد ضرب جارحة فأصاب نفسه أو خاط جرحه فصادف اللحم الحي فلا قصاص على شريكه في أصح الوجهين، وفيه وجه آخر أن عليه القصاص بناء على الروايتين في شريك الخاطىء.

فصل: فإن جرحه إنسان فتداوى بسم فمات نظرت فإن كان سم ساعة يقتل في الحال فقد قتل نفسه وقطع سراية الجرح وجرى مجرى من ذبح نفسه بعد أن جرح وننظر في الجرح فإن كان موجباً للقصاص فلوليه استيفاؤه وإن لم يكن موجباً له فلوليه الأرش، وإن كان السم لا يقتل في الغالب وقد يقتل بفعل الرجل في نفسه عمد خطأ والحكم في شريكه كالحكم في شريك الخاطىء، وإذا لم يجب القصاص فعلى الجارح نصف الدية، وإن كان السم يقتل غالباً بعد مدة احتمل أن يكون عمد الخطأ أيضاً لأنه لم يقصد القتل إنما قصد التداوي فيكون كالذي قتله، واحتمل أن يكون في حكم العمد فيكون في شريكه الوجهان المذكوران في الفصل الذي قبله، وإن جرح رجل فخاط جرحه أو أمر غيره فخاطه له وكان ذلك مما يجوز أن يقتل فحكمه حكم ما لو شرب سماً يجوز أن يقتل على ما مضى فيه، وإن خاطه غيره بغير إذنه كرهاً فهما قاتلان عليهما القود، وإن خاطه وليه أو الإمام وهو ممن لا ولاية عليه فهما كالأجنبي وإن كان لهما عليه ولاية فلا قود عليهما لأن فعلهما جائز لهما إذ لهما مداواته فيكون ذلك خطأ، وهل على الجارح القود؟ فيه وجهان بناء على شريك الخاطىء.

مسألة: قال: (ودية العبد قيمته، وإن بلغت ديات)

أجمع أهل العلم أن في العبد الذي لا تبلغ قيمته دية الحر قيمته، وإن بلغت قيمته دية الحر أو زادت عليها، فذهب أحمد رحمه الله إلى أن فيه قيمته بالغة ما بلغت، وإن بلغت ديات عمداً كان القتل أو خطأ سواء ضمن باليد أو بالجناية وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز وإياس بن معاوية والزهري ومكحول ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي يوسف وقال النخعي والشعبي والثوري وأبو حنيفة ومحمد لا تبلغ به دية الحر، وقال أبو حنيفة ينتقص عن دية الحر ديناراً أو عشرة دراهم القدر الذي يقطع به السارق. وهذا إذا ضمن بالجناية وإن ضمن باليد بأن يغصب عبداً فيموت في يده فإن قيمته تجب وإن زادت على دية الحر، واحتجوا بأنه ضمان آدمي فلم يزد على دية الحر كضمان الحر وذلك لأن الله تعالى

لما أوجب في الحر دية لا تزيد وهو أشرف لخلوصه من نقيصة الرق كان تنبيهاً على دية العبد المنقوص لا يزاد عليها فنجعل مالية العبد معياراً للقدر الواجب فيه ما لم يزد على الدية فإذا زاد علمنا خطأ ذلك فنرده إلى دية الحر كأرش ما دون الموضحة يجب فيه ما تخرجه الحكومة ما لم يزد على أرش الموضحة فنرده إليها.

ولنا: إنه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة ما بلغت كالفرس أو مضمون بقيمته فكانت جميع القيمة كما لو ضمنه باليد، ويخالف الحر فإنه ليس بمضمون بالقيمة وإنما ضمن بما قدره الشرع فلم يتجاوزه، ولأن ضمان الحر ليس بضمان مال ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها فاختلفا، وقد حكى أبو الخطاب عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه لا يبلغ بالعبد دية الحر. والمذهب الأول.

باب القود

القود القصاص. ولعله إنما سمي بذلك لأن المقتص منه في الغالب يقاد بشيء يربط فيه أو بيده إلى القتل فسمي القتل قوداً لذلك.

مسألة: قال: (ولو شق بطنه فأخرج حشوته فقطعها فأبانها منه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الأول. ولو شق بطنه ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل لأن الأول لا يعيش مثله والثاني قد يعيش مثله)

وجملته: أنه إذا جنى عليه اثنان جنايتين نظرنا فإن كانت الأولى أخرجته من حكم الحياة مثل قطع حشوته أي ما في بطنه وإبانتها منه أو ذبحه ثم ضرب عنقه الثاني فالأول هو القاتل لأنه لا يبقى مع جنايته حياة فالقود عليه خاصة وعلى الثاني التعزير كما لو جنى على ميت، وإن عفا الولي إلى الدية فهي على الأول وحده وإن كان جرح الأول يجوز بقاء الحياة معه مثل شق البطن من غير إبانة الحشوة أو قطع طرف ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل لأنه لم يخرج الأول من حكم الحياة فيكون الثاني هو المفوت لها فعليه القصاص في النفس والدية كاملة إن عفا عنه، ثم ننظر في جرح الأول، فإن كان موجباً للقصاص كقطع الطرف فالولي مخير بين قطع طرفه والعفو عن ديته مطلقاً، وإن كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الأرش وإنما جعلنا عليه القصاص لأن فعل الثاني قطع سراية جراحه فصار كالمندمل الذي لا يسري، وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً، ولو كان جرح الأول يفضي إلى الموت لا محالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة مثل خرق المعى أو أم الدماغ فضرب الثاني عنقه فالقاتل هو الثاني لأنه فوت حياة مستقرة، وقيل هو في حكم الحياة بدليل أن عمر رضي الله عنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبناً فخرج يصلد فعلم الطبيب أنه ميت فقال: اعهد إلى الناس، فعهد إليهم وأوصى وجعل الخلافة إلى أهل الشورى فقبل الصحابة عهده

وأجمعوا على قبول وصاياه وعهده، فلما كان حكم الحياة باقياً كان الثاني مفوتاً لها فكان هو القاتل كما لو قتل عليلاً لا يرجى برء علته.

فصل: إذا ألقى رجلاً من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقتله فالقصاص على من قتله لأنه فوت حياته قبل المصير إلى حال يئسوا فيها من حياته فأشبه ما لو رماه إنسان بسهم قاتل فقطع آخر عنقه قبل وقوع السهم به أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه، وبهذا قال الشافعي إن رماه من مكان يجوز أن يسلم منه وإن رماه من شاهق لا يسلم منه الواقع ففيه وجهان:

أحدهما: كقولنا. **والثاني**: الضمان عليهما بالقصاص والدية عند سقوطه لأن كل واحد منهما سبب للإتلاف.

ولنا: إن الرمي سبب والقتل مباشرة فانقطع حكم السبب كالدافع مع الحافر والجارح مع الذابح وكالصور التي ذكرنا. وما ذكروه باطل بهذه الأصول المذكورة.

مسألة: قال: (وإذا قطع يديه ورجليه ثم عاد فضرب عنقه قبل أن تندمل جراحه قتل ولم تقطع يده ولا رجلاه في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله، والرواية الأخرى قال: إنه وهل أن يفعل به كما فعل، فإن عفا عنه الولي فعليه دية واحدة).

وجملة ذلك: أن الرجل إذا جرح رجلاً ثم ضرب عنقه قبل اندمال الجرح فالكلام في المسألة في حالين: **أحدهما**: أن يختار الولي القصاص، فاختلفت الرواية عن أحمد في كيفية الاستيفاء، فروي عنه لا يستوفي إلا بالسيف في العنق، وبه قال عطاء والثوري وأبو يوسف ومحمد لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا قود إلا بالسيف» رواه ابن ماجة ولأن القصاص أحد بدلي النفس فدخل الطرف في حكم الجملة كالدية، فإنه لو صار الأمر إلى الدية لم تجب إلا دية النفس ولأن القصد من القصاص في النفس تعطيل الكل وإتلاف الجملة وقد أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز تعديته بإتلاف أطرافه كما لو قتله بسيف كالٍّ فإنه لا يقتل بمثله.
والرواية الثانية: عن أحمد قال إنه لأهل أن يفعل به كما فعل يعني أن للمستوفي أن يقطع أطرافه ثم يقتله. وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وأبي حنيفة وأبي ثور لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦] وقوله سبحانه: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] ولأن النبي ﷺ: «رض رأس يهودي لرضه رأس جارية من الأنصار بين حجرين» ولأن الله تعالى قال: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ [المائدة: ٤٥] وهذا قد قلع عينه فيجب أن تقلع عينه للآية. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «من حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه» ولأن القصاص موضوع على المماثلة ولفظه مشعر به فوجب أن يستوفي منه مثل ما فعل كما لو ضرب العنق آخر غيره. فأما الحديث «لا قود إلا بالسيف» فقال أحمد: ليس إسناده بجيد.

الحال الثاني: أن يصير الأمر إلى الدية إما بعفو الولي أو كون الفعل خطأ أو شبه عمد أو غير ذلك فالواجب دية واحدة. هذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال بعضهم تجب دية الأطراف المقطوعة ودية النفس لأنه لما قطع بسراية الجرح بقتله صار كالمستقر فأشبه ما لو قتله غيره، ولهذا لم يسقط القصاص فيه.

ولنا: إنه قاتل قبل استقرار الجرح فدخل أرش الجراحة في أرش النفس كما لو سرت إلى نفسه والقصاص في الأطراف على إحدى الروايتين لا يجب وإن وجب فإن القصاص لا يشبه الدية لأن سراية الجرح لا تسقط القصاص فيه وتسقط ديته.

فصل: ومتى قلنا له أن يستوفي بمثل ما فعل بوليه فأحب أن يقتصر على ضرب عنقه فله ذلك وهو أفضل وإن قطع أطرافه التي قطعها الجاني أو بعضها ثم عفا عن قتله فكذلك لأنه تارك بعض حقه وإن قطع بعض أطرافه ثم عفا إلى الدية لم يكن له ذلك لأن جميع ما فعل بوليه لا يجب به إلا دية واحدة فلا يجوز أن يستوفي بعضه ويستحق كمال الدية فإن فعل فله ما بقي من الدية فإن لم يبق منها شيء فلا شيء له، وإن قلنا ليس له أن يستوفي إلا بضرب العنق فاستوفى منه بمثل ما فعل فقد أساء ولا شيء عليه سوى المأثم لأن فعل الجاني في الأطراف لم يوجب عليه شيئاً يختص بها فكذلك فعل المستوفي إن قطع الجاني طرفاً واحداً ثم عفا إلى الدية لم يكن له إلا تمامها وإن قطع ما تجب به الدية ثم عفا لم يكن له شيء وإن قطع ما يجب به أكثر من الدية ثم عفا احتمل أن يلزمه ما زاد على الدية لأنه لا يستحق أكثر من الدية وقد فعل ما يوجب أكثر منها فكانت الزيادة عليه، واحتمل أن لا يلزمه شيء لأنه لو قتله لم يلزمه شيء فإذا ترك قتله وعفا عنه فأولى أن لا يلزمه شيء ولأنه فعل بعض ما فعل بوليه فلم يلزمه شيء كما لو قلنا إن له أن يستوفي مثل ما فعل به.

فصل: فإن قطع يديه ورجليه أو جرحه جرحاً يوجب القصاص إذا انفرد فسرى إلى النفس فله القصاص في النفس، وهل له أن يستوفي القطع قبل القتل؟ على روايتين ذكرهما القاضي وبناهما على الروايتين المذكورتين في المسألة.

إحداهما: ليس له قطع الطرف وهو مذهب أبي حنيفة لأن ذلك يفضي إلى الزيادة على ما جناه الأول والقصاص يعتمد المماثلة، فمتى خيف فيه الزيادة سقط كما لو قطع يده من نصف الذراع **والثانية**: يجب القصاص في الطرف فإن مات به وإلا ضربت عنقه. وهذا مذهب الشافعي لما ذكرناه في أول المسألة، وذكر أبو الخطاب أنه لا يقتص منه في الطرف رواية واحدة وأنه لا يصح تخريجه على الروايتين في المسألة لإفضاء هذا إلى الزيادة بخلاف المسألة. والصحيح تخريجه على الروايتين وليس هذا بزيادة لأن فوات النفس بسراية فعله وسراية فعله كفعله فأشبه ما لو قطعه ثم قتله ولأن زيادة الفعل في الصورة محتمل في الاستيفاء كما لو قتله بضربة فلم يمكن قتله في الاستيفاء إلا بضربتين.

فصل: وإن جرحه جرحاً لا قصاص فيه ولا يلزم فوات الحياة به مثل أن أجافه أو أمه أو قطع يده من نصف ذراعه أو رجله من نصف ساقه فمات منه أو قطع يداً ناقصة الأصابع أو شلاء أو زائدة ويد القاطع أصلية صحيحة، فالصحيح في المذهب أنه ليس له فعل وليس له أن يقتص إلا في العنق بالسيف ذكره أبو بكر والقاضي، وقال غيرهما فيه رواية أخرى له أن يقتص بمثل ما فعله لأنه صار قتلاً فكان له القصاص بمثل فعله كما لو رد رأسه بحجر فقتله به، والصحيح الأول لأن هذا لو انفرد لم يكن فيه قصاص فلم يجز القصاص فيه مع القتل كما لو قطع يمينه ولم يكن للقاطع يمين لم يكن له أن يستوفي من يساره، وفارق ما إذا رض رأسه فمات لأن ذلك الفعل قتل مفرد وها هنا قتل وقطع والقطع لا يوجب قصاصاً فبقي مجرد القتل، فإذا جمع المستوفي بينهما فقد زاد قطعاً لم يرد الشرع باستيفائه فيكون حراماً وسواء في هذا ما إذا قطع ثم قتل عقيبه وبين ما إذا قطع فسرى إلى النفس.

فصل: فأما قطع اليمنى ولا يمنى للقاطع أو اليد ولا يد له أو قلع العين ولا عين له فمات المجني عليه فإنه يقتل بالسيف في العنق ولا قصاص في طرفه ولا أعلم فيه خلافاً لأن القصاص إنما يكون من مثل العضو المتلف وهو ها هنا معدوم ولأن القصاص فعل مثل ما فعل الجاني ولا سبيل إليه، ولأنه لو قطع ثم عفا عن القتل لصار مستوفياً رجلاً ممن لم يقطع له مثلها أو أذناً بدلاً عن عين، وهذا غير جائز، وهذا يدل على فساد الوجه الثاني في الفصل الذي قبله.

فصل: وإن قتله بغير السيف مثل أن قتله بحجر أو هدم أو تغريق أو خنق فهل يستوفي القصاص بمثل فعله؟ فيه روايتان: **إحداهما**: له ذلك وهو قول مالك والشافعي. **والثانية**: لا يستوفي إلا بالسيف في العنق وبه قال أبو حنيفة فيما إذا قتله بمثقل الحديد على إحدى الروايتين عنده أو جرحه فمات، ووجه الروايتين ما تقدم في أول المسألة، ولأن هذا لا تؤمن معه الزيادة على ما فعله الجاني فلا يجب القصاص بمثل آلته كما لو قطع الطرف بآلة كالة أو مسمومة أو بالسيف فإنه لا يستوفى بمثله، ولأن هذا لا يقتل به المرتد فلا يستوفي به القصاص كما لو قتله بتجريع الخمر أو بالسحر، ولا تفريع على هذه الرواية. فأما على الرواية الأخرى فإنه إذا فعل به مثل فعله فلم يمت قتله بالسيف، وهذا أحد قولي الشافعي. والقول الثاني أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت به لأنه قتله بذلك فله قتله بمثله.

ولنا: إنه قد فعل به مثل فعله فلم يزد عليه كما لو جرحه جرحاً أو قطع منه طرفاً فاستوفى منه الولي مثله فلم يمت به فإنه لا يكرر عليه الجرح بغير خلاف ويعدل إلى ضرب عنقه فكذا ها هنا.

فصل: وإن قتله بما لا يحل لعينه مثل أن لاط به فقتله أو جرعه خمراً أو سحره لم يقتل بمثله اتفاقاً ويعدل إلى القتل بالسيف، وحكى أصحاب الشافعي فيمن قتله باللواط وتجريع الخمر وجهاً آخر أنه يدخل في دبره خشبة يقتله بها ويجرعه الماء حتى يموت.

ولنا: إن هذا محرم لعينه فوجب العدول عنه إلى القتل بالسيف كما لو قتله بالسحر، وإن حرقه فقال بعض أصحابنا لا يحرق لأن التحريق محرق لحق الله تعالى لقول النبي ﷺ: «لا يعذب بالنار إلا رب النار» ولأنه داخل في عموم الخبر، وهذا مذهب أبي حنيفة، وقال القاضي: الصحيح أن فيه روايتين كالتغريق. إحداهما: يحرق وهو مذهب الشافعي لما روى البراء بن عازب أن النبي ﷺ قال: «من حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه» وحملوا الحديث الأول على غير القصاص في المحرق.

فصل: إذا زاد مستوفي القصاص في النفس على حقه مثل أن يقتل وليه فيقطع المقتص أطرافه أو بعضها نظرنا فإن عفا بعد قطع طرفه فعليه ضمان ما أتلف بديته وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك والشافعي وابن المنذر وأبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه ولكن قد أساء ويعزر وسواء عفا عن القاتل أو قتله لأنه قطع طرفاً من جملة استحق إتلافها فلم يضمنه كما لو قطع أصبعاً من يد يستحق قطعها.

ولنا: إنه قطع طرفاً له قيمة حال القطع بغير حق فوجب عليه ضمانه كما لو عفا عنه ثم قطعه أو كما لو قطعه أجنبي، فأما إن قطعه ثم قتله احتمل أن يضمنه أيضاً لأنه يضمنه إذا عفا عنه فكذلك إذا لم يعف عنه لأن العفو إحسان فلا يكون موجباً للضمان،واحتمل أن لا يضمنه وهو قول أبي حنيفة لأنه لو قطع متعدياً ثم قتل لم يضمن الطرف فلأن يضمنه إذا كان القتل مستحقاً أولى.

فأما القصاص فلا يجب في العرف بحال. ولا نعلم في هذا خلافاً، لأن القصاص عقوبة تدرأ بالشبهات والشبهة ها هنا متحققة لأنه متحقق لإتلاف هذا الطرف ضمناً لاستحقاقه إتلاف الجملة ولا يلزم من سقوط القصاص أن لا تجب الدية بدليل امتناعه لعدم المكافآت. فأما إن كان الجاني قطع طرفه ثم قتله فاستوفى منه بمثل فعله فقد ذكرناه فيما مضى، وإن قطع طرفاً غير الذي قطعه الجاني كأن قطع الجاني يده فقطع المستوفي رجله احتمل أن يكون بمنزلة ما لو قطع يده لأن ديتهما واحدة. واحتمل أن تلزمه دية فقطع الرجل لأن الجاني لم يقطعها فأشبه ما لو لم يقطع يده.

فصل: فأما إن كانت الزيادة في الاستيفاء لأنه الطرف مثل إن استحق قطع أصبع فقطع اثنتين فحكمه حكم القاطع ابتداء إن كان عقداً من مفصل أو شجه يجب في مثلها القصاص فعليه القصاص في الزيادة، وإن كان خطأ أو جرحاً لا يوجب القصاص مثل من يستحق موضحة فاستوفاها هاشمة فعليه أرش الزيادة إلا أن يكون ذلك بسبب من الجاني كاضطرابه حال الاستيفاء فلا شيء على المقتص لأنه حصل بفعل الجاني، فإن اختلفا هل فعله خطأ أو عمداً؟ فالقول قول المقتص مع يمينه لأن هذا مما يمكن الخطأ فيه وهو أعلم بقصده، وإن قال المقتص حصل هذا باضطرابك أو فعل من جهتك، فالقول قول المقتص منه لأنه منكر فإن سرى الاستيفاء الذي حصلت فيه الزيادة إلى نفس المقتص منه فمات أو إلى بعض أعضائه مثل

أن قطع أصبعه فسرى إلى جميع يده أو اقتص منه بآلة كالة أو مسمومة أو في حال حر مفرط أو برد شديد فسرى. فقال القاضي على المقتص نصف الدية لأنه تلف بفعلين جائز ومحرم ومضمون وغير مضمون فانقسم الواجب عليهما نصفين كما لو جرحه جرحاً في حال ردته وجرحاً بعد إسلامه فمات منهما وهذا كله مذهب الشافعي. ويحتمل أن يلزمه ضمان السراية كلها فيما إذا اقتص بآلة مسمومة أو كالة لأن الفعل كله محرم بخلاف قطع الأصبعين فإن أحدهما مباح.

فصل: قال القاضي: ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان، وحكاه عن أبي بكر وهو مذهب الشافعي لأنه أمر يفتقر إلى الاجتهاد ويحرم الحيف فيه فلا يؤمن الحيف مع قصد التشفي. فإن استوفاه من غير حضرة السلطان وقع الموقع ويعزر لافتياته بفعل ما منع فعله ويحتمل أن يجوز الاستيفاء بغير حضور السلطان إذا كان القصاص في النفس لأن «رجلاً أتى النبي ﷺ، برجل يقوده بنسعة، فقال: إن هذا قتل أخي فاعترف بقتله. فقال النبي ﷺ: اذهب فاقتله» رواه مسلم بمعناه. ولأن اشتراط حضور السلطان لا يثبت إلا بنص أو إجماع أو قياس ولم يثبت ذلك ويستحب أن يحضر شاهدين لئلا يجحد المجني عليه الاستيفاء؛ وإذا أراد المولى الاستيفاء فعلى السلطان أن يتفقد الآلة التي يستوفي بها فإن كانت كالة منعه الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول.

وقد روى شداد بن أوس أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته» وإن كانت مسمومة منعه الاستيفاء بها لأنها تفسد البدن وربما منعت غسله وإن عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزر وإن كان السيف صارماً غير مسموم نظر في الولي فإن كان يحسن الاستيفاء ويكمله بالقوة والمعرفة مكنه منه لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾ [الإسراء: ٣٣] وقال عليه السلام: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين فإن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية» ولأنه حق له متميز فكان له استيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر الحقوق وإن لم يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل لأنه عاجز عن استيفاء حقه، فإن ادعى الولي المعرفة بالاستيفاء فأمكنه السلطان من ضرب عنقه فضرب عنقه فأبانه فقد استوفى حقه وإن أصاب غيره وأقر بتعمد ذلك عزر وإن قال أخطأت وكانت الضربة في موضع قريب من العنق كالرأس والمنكب قبل قوله مع يمينه لأن هذا مما يجوز الخطأ في مثله، وإن كان بعيداً كالوسط والرجلين لم يقبل قوله لأن مثل هذا لا يقع الخطأ فيه ثم إن أراد العود ففيه وجهان: **أحدهما**: لا يمكن منه لأنه تبين منه أنه لا يحسن الاستيفاء ويحتمل العود إلى مثل فعله **والثاني**: يمكن منه قاله القاضي لأن الظاهر تحرزه عن مثل ذلك ثانياً، وإن كان الولي لا يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل فيه لأنه حقه فكان له التوكيل في استيفائه كسائر حقوقه. فإن لم يجد من يوكله إلا بعوض أخذ العوض من بيت المال.

قال بعض أصحابنا: يرزق من بيت المال رجل يستوفي الحدود والقصاص لأن هذا من المصالح العامة فإن لم يحصل ذلك فالأجرة على الجاني لأنها أجرة لإيفاء الحق الذي عليه فكانت

عليه كأجرة الكيال في بيع المكيل، ويحتمل أن تكون على المقتص لأنه وكيله فكانت الأجرة على موكله كسائر المواضع والذي على الجاني التمكين دون الفعل ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه ولأنه لو كانت عليه أجرة التوكيل للزمته أجرة الولي إذا استوفى بنفسه. وإن قال الجاني أنا أقتص لك من نفسي لم يلزم تمكينه ولم يجز ذلك له لأن الله قال: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ولأن معنى القصاص أن يفعل به كما فعل ولأن القصاص حق عليه لغيره فلم يجز أن يكون هو المستوفي له كالبائع لا يستوفي من نفسه.

فصل: وإن كان القصاص لجماعة من الأولياء وتشاحوا في المتولي منهم للاستيفاء أمروا بتوكيل أحدهم أو واحد من غيرهم ولم يجز أن يتولاه جميعهم لما فيه من تعذيب الجاني وتعدد أفعالهم فإن لم يتفقوا على واحد وتشاحوا. وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء أقرع بينهم لأن الحقوق إذا تساوت وعدم الترجيح صرنا إلى القرعة كما لو تشاحوا في تزويج موليتهم فمن خرجت له القرعة أمر الباقون بتوكيله ولا يجوز له الاستيفاء بغير إذنهم لأن الحق لهم فلا يجوز استيفاؤه بغير إذنهم وإن لم يتفقوا على توكيل واحد منعوا الاستيفاء حتى يوكلوا.

مسألة: قال: (وإن كانت الجراح برئت قبل قتله فعلى المعفو عنه ثلاث ديات إلا أن يريدوا القود فيقيدوا ويأخذوا من ماله ديتين)

أما إذا قطع يديه ورجليه فبرئت جراحه ثم قتله فقد استقر حكم القطع ولولي القتيل الخيار إن شاء عفا وأخذ ثلاث ديات دية لنفسه ودية ليديه ودية لرجليه وإن شاء قتله قصاصاً بالقتل وأخذ ديتين لأطرافه وإن أحب قطع أطرافه الأربعة وأخذ دية لنفسه وإن أحب قطع يديه وأخذ ديتين لنفسه ورجليه وإن أحب قطع رجليه وأخذ ديتين لنفسه ويديه وإن أحب قطع طرفاً واحداً وأخذ دية الباقي وإن أحب قطع ثلاثة أطراف وأخذ دية الباقي وكذلك سائر فروعها لأن حكم القطع استقر قبل القتل بالاندمال فلم يتغير حكمه بالقتل الحادث بعده كما لو قتله أجنبي ولا نعلم في هذا مخالفاً.

فصل: فإن اختلف الجاني والولي في اندمال الجرح قبل القتل وكانت المدة بينهما يسيرة لا يحتمل اندماله في مثلها فالقول قول الجاني بغير يمين. وإن اختلفا في مضي المدة فالقول قول الجاني مع يمينه لأن الأصل عدم مضيها وإن كانت المدة مما يحتمل البر فيها فالقول قول الولي مع يمينه لأنه قد وجد سبب وجوب الدية اليدين بقطعهما والجاني يدعي سقوط ديتهما بالقتل والأصل عدم ذلك فإن كانت للجاني بينة ببقاء المجني عليه ضمناً حتى قتله حكم له ببينته وإن كان للولي بينة ببرئه حكم له أيضاً. وإن تعارضتا قدمت بينة الولي لأنها مثبتة للبرء، ويحتمل أن يكون القول قول الجاني إذا لم يكن لهما بينة لأن الأصل بقاء الجراحة وعدم اندمالها. وإن قطع أطرافه فمات واختلفا: هل برأ قبل الموت أو مات بسراية الجرح أو قال الولي إنه مات بسبب آخر كأن لدغ أو من الشجة في رأس المجني عليه ويستوفي أرش الباقي فإن كانت بقدر ثلثها فله ثلث أرش موضحة

ذبح نفسه أو ذبحه غيره فالحكم فيما إذا مات بغير سبب آخر كالحكم فيما إذا قتله سواء، وأما إذا مات بقتل أو سبب آخر ففيه وجهان:

أحدهما: تقديم قول الجاني لأن الظاهر بقاء الجناية والأصل عدم سبب آخر فيكون الظاهر معه. **والثاني**: القول قول ولي الجناية لأن الأصل بقاء الديتين اللتين وجد سببهما حتى يوجد ما يزيلهما فإن كانت دعواهما بالعكس فقال الولي مات من سراية قطعك فعليك القصاص في النفس فقال الجاني بل اندملت جراحه قبل موته أو ادعى موته بسبب آخر فالقول قول الولي مع يمينه لأن الجرح سبب للموت فقد تحقق، والأصل عدم الاندمال وعدم سبب آخر يحصل الزهوق به وسواء كان الجرح فيما يجب به القصاص في الطرف كقطع اليد من مفصل ولا يوجبه كالجائفة والقطع من غير مفصل وهذا كله مذهب الشافعي.

مسألة: قال: (ولو رمى وهو مسلم كافراً عبداً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فلا قود، وعليه دية حر مسلم إذا مات من سهمه)

هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي، وقال أبو بكر يجب القود لأنه قتل مكافئاً له ظلماً عمداً فوجب القصاص كما لو كان حراً مسلماً حال الرمي، يحققه أن الاعتبار بحال الجناية بدليل ما لو رمى مسلماً حياً فلم يقع به السهم حتى ارتد أو مات لم يلزمه شيء، ولو رمى عبدا كافرا فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فعليه دية حر مسلم، وقال أبو حنيفة يلزمه في العبد دية عبد لمولاه لأن الإصابة ناشئة عن إرسال السهم فكان الاعتبار بها كحالة الجرح فأما الكافر فمذهبه أن ديته دية المسلم وأنه يقتل به المسلم وكذلك يقتل الحر بالعبد.

ولنا على درء القصاص: أنه لم يتعد إلى نفس مكافأته له حال الرمي فلم يجب عليه قصاص كما لو رمى حربياً أو مرتداً فأسلم وعلى أبي حنيفة أنه أتلف حراً فضمنه ضمان الأحرار كما لو قصد صيداً وما قاله يبطل بما إذا رمى حياً فأصابه ميتاً أو صحيحاً فأصابه معيباً.

ولنا: على أن ديته تجب لورثته دون سيده: أنه إذا أسلم تجب ديته لورثته المسلمين دون الكفار وإن مات مسلماً حراً فكانت ديته لورثته المسلمين كما لو كان كذلك حال رميه ولأن الميراث إنما يستحق بالموت فتعتبر حاله حينئذ لا حين سبب الموت بدليل ما لو مرض وهو عبد كافر ثم أسلم ومات بتلك العلة والواجب بدل المحل فيعتبر بالمحل الذي فات بها فيجب بقدره وقد فات بها نفس حر مسلم والقصاص جزاء الفعل فيعتبر الفعل فيه والإصابة معاً لأنهما طرفاه فلذلك لم يجب القصاص بقتله.

فصل: ولم يفرق الخرقي بين كون الكافر ذمياً أو غيره إلا أنه يتعين التفريق فيه فمتى رمى إلى حربي في دار الحرب فأسلم قبل وقوع الرمية به فلا دية له وفيه الكفارة لأنه رمى مندوب إليه مأمور به فأشبه ما لو قتله في دار الحرب يظنه حربياً وكان قد أسلم وكتم إسلامه وفيه رواية أخرى أن فيه الدية على عاقلة القاتل لأنه نوع خطأ فكذلك ها هنا ولو رمى مرتداً في

دار الإسلام فأسلم ثم وقع السهم به ضمنه لأنه مفرط بإرسال سهمه عليه لأن قتل المرتد إلى الإمام لا إلى آحاد الناس وقتله بالسيف لا بالسهم.

فصل: ولو رمى حربياً فتترس بمسلم فأصابه فقتله نظرنا فإن كان تترس به بعد الرمي ففيه الكفارة، وفي الدية على عاقلة الرامي روايتان كالتي قبلها وإن تترس به قبل الرمي لم يجز رميه إلا أن يخاف على المسلمين فيرمي الكافر ولا يقصد المسلم فإذا قتله ففي ديته أيضاً روايتان، وإن رماه من غير خوف على المسلم فقتله فعليه ديته لأنه لم يجز له رميه.

فصل: ولو قطع يد عبد ثم أعتق ومات أو يد ذمي ثم أسلم ومات ففيه وجهان: **أحدهما**: الواجب دية حر مسلم لورثته ولسيده منها أقل الأمرين من ديته أو أرش جنايته اعتباراً بحال استقرار الجناية وقال القاضي وأبو بكر تجب قيمة العبد بالغة ما بلغت مصروفة إلى السيد اعتباراً بحال الجناية لأنها الموجب للضمان فاعتبرت حال وجودها ومقتضى قولهما ضمان الذمي الذي أسلم بدية ذمي ويلزمهما على هذا أن يصرفاها إلى ورثته من أهل الذمة وهو غير صحيح لأن الدية لا تخلو من أن تكون مستحقة للمجني عليه أو لورثته فإن كانت له وجب أن تكون لورثته المسلمين كسائر أمواله وأملاكه كالذي كسبه بعد جرحه وإن كانت تحدث على ملك ورثته فورثته هم المسلمون دون الكفار.

فصل: وإذا قطع أنف عبد قيمته ألف دينار فاندمل ثم أعتقه السيد وجبت قيمته بكمالها للسيد وإن أعتقه ثم اندمل فكذلك لأنه إنما استقر بالاندمال ما وجب بالجناية والجناية كانت في ملك سيده وإن مات من سراية الجرح فكذلك في قول أبي بكر والقاضي وهو قول المزني لأن الجناية يراعى فيها حال وجودها، وقد ذكر القاضي أن أحمد نص عليه في رواية حنبل فيمن فقأ عيني عبد ثم أعتق ومات ففيه قيمته لا الدية ومقتضى قول الخرقي أن الواجب فيه دية حر وهو مذهب الشافعي لأن اعتبار الجناية بحالة الاستقرار وقد ذكرناه وتصرف إلى السيد لأنه استحق أقل الأمرين من ديته أو أرش الجرح والدية ها هنا أقل الأمرين وما ذكروه ينتقض بما إذا قطع يديه ورجليه فمات بسراية الجرح فإن الواجب دية النفس لا دية الجرح.

فصل: وإن قطع يد عبد فأعتق ثم عاد فقطع رجله واندمل القطعان فلا قصاص في اليد لأنها قطعت في حال رقه ويجب فيها نصف قيمته أو ما نقصه القطع لسيده ويجب القصاص في الرجل التي قطعها حال حريته أو نصف الدية إن عفا عن القصاص لورثته. وإن اندمل قطع اليد وسرى قطع الرجل إلى نفسه ففي اليد نصف القيمة لسيده وعلى القاطع القصاص في النفس أو الدية كاملة لورثته، وإن اندمل قطع الرجل وسرى قطع اليد ففي الرجل القصاص بقطعها أو نصف الدية لورثته ولا قصاص في اليد ولا في سرايتها وعلى الجاني دية حر لسيده منها أقل الأمرين من أرش القطع أو دية الحر على قول ابن حامد وعلى قول أبي بكر والقاضي تجب قيمة العبد لسيده اعتباراً بحال جنايته، وإن سرى الجرحان لم يجب القصاص في النفس ولا اليد لأنه مات من جرحين موجب وغير موجب فلم يجب القصاص كما لو جرحه جرحين عمداً

أو خطأ ولكن يجب القصاص في الرجل لأنـهقطعهـامن حر فـإن اقتص منه وجب نصف الـدية لأنه مات من جنـايته وقـد استوفى منـه ما يقـابل نصف الـدية وللسيـد أقل الأمـرين من نصف القيمة أو نصف الدية فإن زاد نصف الدية على نصف القيمة كان الزائـد للورثة وإن عفـا ورثته عن القصاص فلهم أيضاً نصف الدية وإن كان قاطع الرجل غير قاطع اليـد واندمـل الجرحـان فعلى قاطع اليد نصف القيمة لسيده وعـلى قاطـع الرجـل القصاص فيهـا أو نصف الديـة وإن سرى الجرحان إلى نفسه فلا قصـاص على الأول لأنـه قطع يـد عبد وعليـه نصف دية الحـر لأن المجني عليه حر في حال قرار الجناية وعلى الثاني القصـاص في النفس إذا كان عمـد القطع لأنـه شـارك في القتل عمـداً عدوانـاً فهو كشريـك الأب ويتخرج إلا القصـاص عليه في النفس لأن الروح خرجت من سراية قطعين موجب وغير موجب بناء على شريـك الأب، وإن عفا عنـه إلى الدية فعليه نصف دية حـر وإن قلنا بـوجوب القصـاص في النفس خرج في وجـوبه في الـطرف روايتان، وإن قلنا لا تجب في النفس وجب في الرجل.

فصل: وإن قلع عين عبد ثم أعتق ثم قطع آخر يده ثم قطع آخر رجله فلا قود على الأول سواء اندمل جرحه أو سرى وأما الآخـران فعليهما القـود في الطرفـين إن وقف قطعهـما أو ديتهما إن عفا عنهما وإن سرت الجراحات كلها فعليهما القصاص في النفس لأن جنايتهما صـارت نفسـاً وفي ذلك وفي القصـاص في الطرف اختـلاف وقد ذكـرناه، وإن عفـا عنهما فعليهم الـدية أثلاثاً وفيما يستحقه السيد وجهان:

أحـدهما: أقـل الأمرين من تصف القيمـة أو ثلث الديـة هذا قيـاس قول أبي بكـر لأنـه بالقطع استحق نصف القيمة فإذا صارت نفساً وجب فيها ثلث الدية فكان له أقل أمرين.

والثاني: له أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية لأن الجنايـة إذا صارت نفسـاً كان الاعتبار بما آلت إليه، ألا ترى أنه لو جنى الجانيان الآخـران قبل العتق أيضـاً لم يكن على الأول إلا ثلث القيمة فلا يزيد حقه بالعتق كما لو قلع رجل عينه أيضاً ثم باعه سيده ثم قطع آخر يـده وآخر رجله ثم مات فإنه يكـون للأول ثلث القيمـة؟ وإن كان أرش الجنـاية نصف القيمـة فإذا قلنا بالوجه الأول فلو كان الأول قطع إصبعيه أو هشمه والجـانيان في الحـرية قـطعا يـده فالـدية عليهم أثلاثاً للسيد منها أقل الأمرين من أرش الأصبع وهو عشر القيمة أو ثلث الدية، ولو كان الجاني في حال الرق قطع يديه والجانيان في الحرية قطعا رجليه وجبت الدية أثلاثـاً وكان للسيـد منها أقل الأمرين من جميع قيمتـه أو ثلث الديـة وعلى الـوجه الآخـر يكون لـه في الفرعـين أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلت الدية.

فصل: فإن كان الجانيان في حال الـرق والواحـد في حال الحـرية فـمات فعليهم الديـة، وللسيد من ذلك في أحد الوجهين أقل الأمرين من أرش الجنايتين أو ثلثي الدية وعلى الآخر أقل الأمرين من ثلثي القيمة أو ثلثي الدية.

فصل: وإن كان الجناة أربعة واحد في الرق وثلاثة في الحرية ومات كان للسيد في أحد الوجهين الأقل من أرش الجناية أو ربع الدية وعلى الآخر الأقل من ربع القيمة أو ربع الدية. وإن كان الثلاثة في الرق والواحد في الحرية كان للسيد أقل الأمرين من أرش الجنايات وثلاثة أرباع الدية في أحد الوجهين وفي الآخر الأقل من ثلاثة أرباع القيمة أو ثلاثة أرباع الدية، ولو كانوا عشرة واحد في الرق وتسعة في الحرية فالدية عليهم وللسيد فيها بحساب ما ذكرنا على اختلاف الوجهين.

فصل: فإن قطع يده ثم أعتق، فقطع اخر رجله، ثم عاد الأول فقتله بعد الاندمال فعليه القصاص للورثة، ونصف القيمة للسيد، وعلى الآخر القصاص للورثة في الرجل أو نصف الدية، فإن كان قبل الاندمال فعلى الجاني الأول القصاص في النفس دون اليد، لأنه قطعها في رقه، فإن اختار الورثة القصاص في النفس سقط حق السيد، لأنه لا يجوز أن يستحق عليه النفس، وأرش الطرف قبل الاندمال فإن الطرف داخل في النفس في الأرش. وإن اختاروا العفو فعليه الدية دون أرش الطرف، لأن أرش الطرف يدخل في النفس، وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمة أو أرش الطرف. والباقي للورثة، وأما الثاني فعليه نصف القصاص في الرجل لأن القتل قطع سرايتها، فصار كما لو اندملت، فإن عفا عنه فعليه القصاص في النفس، وهل يقطع طرفه؟ على روايتين. فإن عفا الورثة فعليه دية واحدة. وأما الأول فعليه نصف القيمة للسيد، ولا قصاص عليه، وإن كان القاتل ثالثاً فقد استقر القطعان، ويكون على الأول نصف القيمة لسيده، وعلى الثاني القصاص في الرجل أو نصف الدية لورثته، وعلى الثالث القصاص في النفس أو الدية.

فصل: وإذا قطع رجل يد عبده، ثم أعتقه، ثم اندمل جرحه فلا قصاص عليه ولا ضمان، لأنه إنما قطع يد عبده، وإنما استقر بالاندمال ما وجب بالجراح وإن مات بعد العتق بسراية الجرح فلا قصاص فيه، لأن الجناية كانت على مملوكه وفي وجود الضمان وجهان: أحدهما: لا يجب شيء، لأنه مات بسراية جرح غير مضمون أشبه ما لو مات بسراية القطع في الحد وسراية القود، ولأنا تبينا أن القطع كان قتلاً فيكون قاتلاً لعبده فلا يلزمه ضمانه كما لو لم يعتقه. والثاني: يضمنه بما زاد على أرش القطع من الدية، لأنه مات وهو حر بسراية قطع عدوان فيضمن، كما لو كان القاطع أجنبياً لكن يسقط أرش القطع، لأنه في ملكه، ويجب الزائد لورثته، فإن لم يكن له وارث سواه وجبت لبيت المال، ولا يرث السيد شيئاً، لأن القاتل لا يرث.

مسألة: قال: (وإذا قتل رجل اثنين واحداً بعد واحد فاتفق أولياء الجميع على القود أقيد لهما، وإن أراد ولي الأول القود، والثاني الدية، أقيد للأول، وأعطي أولياء الثاني الدية من ماله. وكذلك إن أراد أولياء الأول الدية، والثاني القود)

وجملة ذلك: أنه إذا قتل اثنين فاتفق أولياؤهما على قتله بهما قتل بهما، وإن أراد أحدهما القوَد والآخر الدية قتل لمن أراد القود، وأعطى أولياء الثاني الدية من ماله، سواء كان المختار للقود الثاني أو الأول، وسواء قتلهما دفعة واحدة أو دفعتين فإن بادر أحدهما فقتله وجب للآخر الدية في ماله أيهما كان، وقال أبو حنيفة ومالك: يقتل بالجماعة ليس لهم إلا ذلك، فإن طلب بعضهم الدية فليس له، وإن بادر أحدهم فقتل سقط حق الباقين، لأن الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا به. فكذلك إذا قتلهم واحد قتل بهم كالواحد بالواحد.

وقال الشافعي: لا يقتل إلا بواحد، سواء اتفقوا على طلب القصاص أو لم يتفقوا، لأنه إذا كان لكل واحد استيفاء القصاص فاشتراكهم في المطالبة لا يوجب تداخل حقوقهم كسائر الحقوق.

ولنا: على أبي حنيفة: قول النبي ﷺ: «فمن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين: إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا العقل»، فظاهر هذا: أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية، فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم، وإن اختار بعضهم الدية وجب له بظاهر الخبر ولأنهما جنايتان لا يتداخلان إذا كانتا خطأ أو أحدهما فلم يتداخلا في العمد كالجنايات على الأطراف وقد سلموها.

ولنا على الشافعي: أنه محل تعلق به حقان لا يتسع لهما معاً رضي المستحقان به عنهما فيكتفى به، كما لو قتل عبد عبدين خطأ فرضي بأخذه عنهما، ولأنهما رضيا بدون حقهما فجاز، كما لو رضي صاحب الصحيحة بالشلاء، أو ولي الحر بالعبد، وولي المسلم بالكافر، وفارق ما إذا كان القتل خطأ، فإن الجناية تجب في الذمة، والذمة تتسع لحقوق كثيرة وما ذكره مالك وأبو حنيفة فليس بصحيح فإن الجماعة قتلوا بالواحد، لئلا يؤدي الاشتراك إلى إسقاط القصاص تغليظاً للقصاص، ومبالغة في الزجر، وفي مسألتنا ينعكس هذا، فإنه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد، وإن قتل الثاني والثالث لا يزداد به عليه حق بادر إلى قتل من يريد قتله وفعل ما يشتهي فعله فيصير هذا كإسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية.

فصل: وإن طلب كل ولي قتله بوليه مستقلاً من غير مشاركة قدم الأول لأن حقه أسبق ولأن المحل صار مستحقاً له بالقتل الأول، فإن عفا ولي الأول فلولي الثاني قتله، وإن طالب ولي الثاني قبل طلب الأول بعث الحاكم إلى ولي الأول فأعلمه، وإن بادر الثاني فقتله أساء، وسقط حق الأول إلى الدية، وإن كان ولي الأول غائباً، أو صغيراً أو مجنوناً انتظر، وإن عفا أولياء الجميع إلى الديات فلهم ذلك، وإن قتلهم دفعة واحدة وتشاحوا في المستوفى أقرع بينهم. فقدم من تقع له القرعة لتساوي حقوقهم، وإن بادر غيره فقتله استوفى حقه، ويسقط حق الباقين إلى الدية وإن قتلهم متفرقاً وأشكل الأول، أو ادعى كل ولي أنه الأول ولا بينة لهم، فأقر القاتل لأحدهم قدم بإقراره، وإن لم يقر أقرعنا بينهم لاستواء حقوقهم.

فصل: وإن قطع يميني رجلين فالحكم فيه كالحكم في الأنفس على ما ذكرنا من التفصيل والاختلاف، إلا أن أصحاب الرأي قالوا: يقاد لهما جميعاً، ويغرم لهما دية اليد في ماله نصفين، وهذا لا يصح، لأنه يفضي إلى إيجاب القود في بعض العضو والدية في بعضه، والجمع بين البدل والمبدل في محل واحد، ولم يرد الشرع به، ولا نظير له يقاس عليه.

فصل: وإن قطع يد رجل ثم قتل آخر، ثم سرى القطع إلى نفس المقطوع فمات فهو قاتل لهما، فإذا تشاحا في المستوفى للقتل قتل بالذي قتله، لأن وجوب القتل عليه أسبق، فإن القتل بالذي قطعه إنما وجب عند السراية، وهي متأخرة عن قتل الآخر، وأما القطع فإن قلنا: إنه يستوفي منه مثل ما فعل، فإنه يقطع له أولاً، ثم يقتل الذي قتله، ويجب للأول نصف الدية، وإن قلنا: لا يستوفي القطع، وجبت له الدية كاملة، ولم يقطع طرفه، ويحتمل أن يجب له القطع على كل حال، لأن القطع إنما يدخل في القتل عند استيفاء القتل، فإذا تعذر استيفاء القتل وجب استيفاء الطرف لوجوب مقتضيه، وعدم المانع من استيفائه كما لو لم يسر ولو كان قطع اليد لم يسر إلى النفس، فإنه تقطع يده أولاً، ثم يقتل، وسواء تقدم القطع أو تأخر، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك: يقتل ولا يقطع لأنه إذا قتل تلف الطرف فلا فائدة في القطع، فأشبه ما لو كانا لواحد.

ولنا: إنهما جنايتان على رجلين فلم يتداخلا كقطع يدي رجلين، وما ذكره من القياس غير صحيح، لأنه قد قال لو قطع يد رجل ثم قتله يقصد المثلة به قطع وقتل ونحن نوافقه على هذا في رواية، فقد حصل الإجماع منا ومنهما على انتفاء التداخل في الأصل فكيف يقيس عليه؟ ولكنه ينقلب دليلاً عليه، فنقول: قطع وقتل فيستوفى منه، مثل ما فعل، كما لو فعله برجل واحد يقصد المثلة به، ويثبت الحكم في محل النزاع بطريق التنبيه، فإنه إذا لم يتداخل حق الواحد فحق الاثنين أولى ويبطل بهذا ما قاله من المعنى.

فصل: وإن قطع أصبعاً من يمين رجل ويميناً لآخر، وكان قطع الأصبع أسبق قطعت أصبعه قصاصاً، وخير الآخر بين العفو إلى الدية وبين القصاص وأخذ دية الأصبع ذكره القاضي، وهو اختيار ابن حامد، ومذهب الشافعي، لأنه وجد بعض حقه، فكان له استيفاء الموجود، وأخذ بدل المفقود كمن أتلف مثلياً لرجل فوجد بعض المثل، وقال أبو بكر: يخير بين القصاص ولا شيء له معه، وبين الدية هذا قياس قوله، وهو مذهب أبي حنيفة، لأنه لا يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية كالنفس، وإن كان قطع اليد سابقاً على قطع الإصبع قطعت يمينه قصاصاً ولصاحب الأصبع أرشها، ويفارق هذا ما إذا قتل رجلاً، ثم قطع يد آخر حيث قدمنا استيفاء القطع مع تأخره، لأن قطع اليد لا يمنع التكافؤ في النفس، بدليل أنا نأخذ كامل الأطراف بناقصها وأن ديتهما واحدة، ونقص الأصبع يمنع التكافؤ في اليد، بدليل أنا لا نأخذ الكاملة بالناقصة واختلاف ديتهما وإن عفا صاحب اليد قطعت الأصبع لصاحبها وإن اختار قطعها.

مسألة: قال: (وإذا جرحه جرحاً يمكن الاقتصاص منه بلا حيف اقتص منه)

وجملة ذلك: أن القصاص يجري فيما دون النفس من الجروح إذا أمكن للنص والإجماع أما النص فقول الله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]،وروى أنس بن مالك، أن الربيع بنت النضر بن أنس كسرت ثنية جارية فعرضوا عليهم الأرش فأبوا إلا القصاص، فجاء أخوها أنس بن النضر فقال: يا رسول الله تكسر ثنية الربيع؟ والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها. فقال النبي ﷺ: يا أنس كتاب الله القصاص. قال: فعفا القوم، فقال النبي ﷺ: «إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره» متفق عليه وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن ولأن ما دون النفس كالنفس في الحاجة إلى حفظه بالقصاص فكان كالنفس في وجوبه.

فصل: ويشترط لوجوب القصاص في الجروح ثلاثة أشياء:

أحدها: أن يكون عمداً محضاً فأما الخطأ فلا قصاص فيه إجماعاً ولأن الخطأ لا يوجب القصاص في النفس وهي الأصل ففيما دونها أولى ولا يجب بعمد الخطأ وهو أن يقصد ضربه بما لا يفضي إلى ذلك غالباً مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه فلا يجب به القصاص لأنه شبه العمد ولا يجب القصاص إلا بالعمد المحض وقال أبو بكر يجب به القصاص ولا يراعى فيه ذلك لعموم الآية.

الثاني: التكافؤ بين الجارح والمجروح وهو أن يكون الجاني يقاد من المجني عليه لو قتله كالحر المسلم مع الحر المسلم فأما من لا يقتل بقتله فلا يقتص منه فيما دون النفس له كالمسلم مع الكافر والحر مع العبد والأب مع ابنه لأنه لا تؤخذ نفسه بنفسه فلا يؤخذ طرفه بطرفه ولا يجرح بجرحه كالمسلم مع المستأمن.

الثالث: إمكان الاستيفاء من غير حيف ولا زيادة لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦] وقال: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[البقرة: ١٩٤]ولأن دم الجاني معصوم إلا في قدر جنايته. فما زاد عليها يبقى على العصمة فيحرم استيفاؤه بعد الجناية كتحريمه قبلها ومن ضرورة المنع من الزيادة المنع من القصاص لأنها من لوازمه فلا يمكن المنع منها إلا بالمنع منه وهذا لا خلاف فيه نعلمه.

وممن منع القصاص فيما دون الموضحة الحسن والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي ومنعه في العظام عمر بن عبد العزيز وعطاء والنخعي والزهري والحكم وابن شبرمة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي. إذا ثبت هذا فإن الجرح الذي يمكن استيفاؤه من غير زيادة هو كل جرح ينتهي إلى عظم كالموضحة في الرأس والوجه ولا نعلم في جواز القصاص في الموضحة خلافاً وهي كل جرح ينتهي إلى العظم في الرأس والوجه، وذلك لأن الله تعالى أوجب القصاص في الجروح فلو لم يجب ها هنا لسقط حكم الآية وفي معنى الموضحة كل جرح ينتهي إلى عظم فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ في قول أكثر أهل العلم وهو منصوص الشافعي. وقال بعض أصحابه: لا قصاص فيها لأنه لا يقدر فيها وليس

بصحيح لقول الله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأنه أمكن استيفاؤها بغير حيف ولا زيادة لانتهائها إلى عظم فهي كالموضحة والتقدير في الموضحة ليس هو المقتضي للقصاص ولا عدمه مانعاً وإنما كان التقدير في الموضحة لكثرة شينها وشرف محلها ولهذا ما قدر ما فوقها من شجاج الرأس والوجه ولا قصاص فيه وكذلك الجائفة أرشها مقدر لا قصاص فيه.

فصل: ولا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ولا بآلة يخشى منها الزيادة سواء كان الجرح بها أو بغيرها لأن القتل إنما استوفي بالسيف لأنه آلته وليس ثمة شيء يخشى التعدي إليه فيجب أن يستوفى ما دون النفس بآلته ويتوفى ما يخشى منه الزيادة إلى محل لا يجوز استيفاؤه ولأننا منعنا القصاص بالكلية فيما يخشى الزيادة في استيفائه فلأن نمنع الآلة التي يخشى منها ذلك أولى فإن كان الجرح موضحة أو ما أشبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك ولا يستوفي ذلك إلا من له علم بذلك كالجرائحي ومن أشبهه فإن لم يكن للولي علم بذلك أمر بالاستنابة، وإن كان له علم فقال القاضي ظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه لأنه أحد نوعي القصاص فيمكن من استيفائه إذا كان يحسن كالقتل ويحتمل أن لا يمكن من استيفائه بنفسه ولا يليه إلا نائب الإمام أو من يستنيبه ولي الجناية وهذا مذهب الشافعي لأنه لا يؤمن مع العداوة وقصد التشفي الحيف في الاستيفاء بما لا يمكن تلافيه وربما أفضى إلى النزاع والاختلاف بأن يدعي الجاني الزيادة وينكرها المستوفي.

فصل: وإذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها فإن كان على موضعها شعر حلقه ويعمد إلى موضع الشجة من رأس المشجوج فيعلم منه طولها بخشبة أو خيط ويضعها على رأس الشاج ويعلم طرفيه بخط بسواد أو غيره ويأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة فيضعها في أول الشجة ويجرها إلى آخرها مثل الشجة طولاً وعرضاً ولا يراعي العمق لأن حده العظم ولو روعي العمق لتعذر الاستيفاء لأن الناس يختلفون في قلة اللحم وكثرته وهذا كما يستوفى في الطرف مثله وإن اختلفا في الصغر والكبر والدقة والغلظ ويراعى الطول والعرض لأنه ممكن فإن كان رأس الشاج والمشجوج سواء استوفى قدر الشجة، وإن كان رأس الشاج أصغر لكنه يتسع للشجة استوفيت إن استوعب أن رأس الشاج كله وهي بعض رأس المشجوج. لأنه استوفاها بالمساحة ولا يمنع الاستيفاء زيادتها على مثل موضعها من رأس الجاني لأن الجميع رأسه وإن كان قدر الشجة يزيد على رأس الجاني فإنه يستوفي الشجة من جميع رأس الشاج ولا يجوز أن ينزل إلى جبهته لأنه يقتص في عضو آخر غير العضو الذي جنى عليه وكذلك لا ينزل إلى قفاه لما ذكرناه. ولا يستوفي بقية الشجة في موضع آخر من رأسه لأنه يكون مستوفياً لموضحتين وواضعاً للحديدة في غير الموضع الذي وضعها فيه الجاني واختلف أصحابنا فيماذا يصنع؟ فذكر القاضي أن ظاهر كلام أبي بكر أنه لا أرش له فيما بقي كي لا يجتمع قصاص ودية في جرح واحد، وهذا مذهب أبي حنيفة فعلى هذا يتخير بين الاستيفاء في جميع رأس الشاج ولا أرش له وبين العفو إلى دية موضحة وقال أبو عبد الله بن حامد وبعض أصحابنا له أرش ما بقي وهو مذهب الشافعي لأنه تعذر القصاص فيما جنى عليه فكان له أرشه كما لو تعذر في الجميع فعلى هذا تقدر شجة الجاني

وإن زادت أو نقصت عن هذا فبالحساب من أرش الموضحة ولا يجب له أرش موضحة كاملة لئلا يفضي إلى إيجاب القصاص. ودية موضحة في موضحة واحدة فإن أوضحه في جميع رأسه ورأس الجاني أكبر فللمجني عليه أن يوضح منه بقدر مساحة موضحته من أي الطرفين شاء لأنه جنى عليه في ذلك الموضع كله وإذا استوفى قدر موضحته ثم تجاوزها واعترف أنه عمد ذلك فعليه القصاص في ذلك القدر فإذا اندملت موضحته استوفى منه القصاص في موضع الاندمال لأنه موضع الجناية وإن ادعى الخطأ فالقول قوله لأنه محتمل وهو أعلم بقصده وعليه أرش موضحة فإن قيل فهذه الموضحة كلها لو كانت عدواناً لم يجب فيها إلا دية موضحة فكيف يجب في بعضها دلية موضحة؟ قلنا: لأن المستوفي لم يكن جناية إنما يجاوز الزائد والزائد لو انفرد لكان موضحة فكذلك إذا كان معه ما ليس بجناية بخلاف ما إذا كان كلها عدواناً فإن الجميع جناية واحدة.

فصل: وإذا أوضحه في جميع رأسه ورأس الجاني أكبر فأحب أن يستوفي القصاص بعضه من مقدم الرأس أو بعضه من مؤخره. احتمل أن يمنع منه لأنه يأخذ موضحتين بواحدة وديتهما مختلفة واحتمل الجواز لأنه لا يجاوز موضع الجناية ولا قدرها إلا أن يقول أهل الخبرة إن في ذلك زيادة ضرر أو شين فلا يفعل ولأصحاب الشافعي كهذين فإن كان رأس المجني عليه أكبر فأوضحه الجاني في مقدمه ومؤخره موضحتين قدرهما جميع رأس الجاني فله الخيار بين أن يوضحه موضحة واحدة في جميع رأسه أو يوضحه موضحتين يقتصر في كل واحدة منهما على قدر موضحته ولا أرش لذلك وجهاً واحداً لأنه ترك الاستيفاء مع إمكانه وإن عفا إلى الأرش فله أرش موضحتين وإن شاء اقتص من أحدهما وأخذ دية الأخرى.

فصل: وإذا كانت الجناية في غير الرأس والوجه فكانت في ساعد، فزادت على ساعد الجاني لم ينزل إلى الكف ولم يصعد إلى العضد وإن كانت في الساق لم ينزل إلى القدم ولم يصعد إلى الفخذ لأنه عضو آخر فلا يقتص منه كما لم ينزل من الرأس إلى الوجه ولم يصعد من الوجه إلى الرأس.

فصل: وإذا شج في مقدم رأسه أو مؤخره عرضاً شجة لا يتسع لها مثل ذلك الموضع من رأس الشاج فأراد أن يستوفي من وسط الرأس فيما بين الأذنين لكونه يتسع لمثل تلك الموضحة ففيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز لأنه غير الموضع الذي شجه فلم يجز له الاستيفاء منه كما لو أمكنه استيفاء حقه من محل شجته، واحتمل أن يجوز لأن الرأس عضو واحد فإذا لم يمكنه استيفاء حقه من محل شجته جاز من غيره كما لو شجه في مقدم رأسه شجة قدرها جميع رأس الشاج جاز إتمام استيفائها في مؤخر رأس الجاني وهذا منصوص الشافعي وهكذا يخرج فيما إذا كان الجرح في موضع من الساق والقدم والذراع والعضد وإن أمكن الاستيفاء من محل الجناية لم يجز العدول عنه وجهاً واحداً.

مسألة: قال: (وكذلك إذا قطع منه طرفاً من مفصل قطع منه مثل ذلك المفصل إذا كان الجاني يقاد من المجني عليه لو قتله)

أجمع أهل العلم على جريان القصاص في الأطراف وقد ثبت ذلك بقوله تعالى: ﴿وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]وبخبر الربيع بنت النضر بن أنس ويشترط لجريان القصاص فيها شروط خمسة:

أحدها: أن يكون عمداً على ما أسلفناه **والثاني**: أن يكون المجني عليه مكافئاً للجاني بحيث يقاد به لو قتله. **والثالث**: أن يكون الطرف متساوياً للطرف ولا يؤخذ صحيح بأشل ولا كاملة الأصابع بناقصة ولا أصلية بزائدة. ولا يشترط التساوي في الدقة والغلظ والصغر والكبر والصحة والمرض لأن اعتبار ذلك يفضي إلى سقوط القصاص بالكلية. **والرابع**: الاشتراك في الاسم الخاص فلا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمين ولا أصبع بمخالفة لها ولا جفن أو شفة إلا بمثلها. **والخامس**: إمكان الاستيفاء من غير حيف وهو أن يكون القطع من مفصل فإن كان من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمه وقد روى نمر بن جابر عن أبيه أن رجلاً ضرب رجلاً على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل فاستعدى عليه النبي ﷺ: فأمر له بالدية، قال: إني أريد القصاص قال: «خذ الدية بارك الله لك فيها» ولم يقض له بالقصاص رواه ابن ماجة.

فصل: وفي قطع اليد ثمان مسائل: **أحدها**: قطع الأصابع من مفاصلها فالقصاص واجب لأن لها مفاصل ويمكن القصاص من غير حيف، وإن إختار الدية فله نصفها لأن في كل أصبع عشر الدية. **الثانية**: قطعها من نصف الكف فليس له القصاص من موضع القطع لأنه ليس بمفصل فلا يؤمن الحيف فيه. وإن أراد قطع الأصابع ففيه وجهان: **أحدهما**: ليس له ذلك وهذا اختيار أبي بكر لأنه يقتص من غير موضع الجناية فلم يجز كما لو كان القطع من الكوع، يحققه أن امتناع قطع الأصابع إذا قطع من الكوع إنما كان لعدم المقتضي أو وجود مانع وأيهما كان فهو متحقق إذا كان القطع من نصف الكف. **والثاني**: له قطع الأصابع ذكره أصحابنا وهو مذهب الشافعي لأنه يأخذ دون حقه لعجزه عن استيفاء حقه فأشبه ما لو شجه هاشمة فاستوفى موضحة. ويفارق ما إذا قطع من الكوع لأنه أمكنه استيفاء حقه فلم يجز له العدول إلى غيره. وهل له حكومة في نصف الكف؟ فيه وجهان **أحدهما**: ليس له ذلك لأنه يجمع بين القصاص والأرش في عضو واحد فلم يجز كما لو قطع من الكوع. **والثاني**: له أرش نصف الكف لأنه حق له تعذر استيفاؤه فوجب أرشه كسائر ما هذا حاله. وإن اختار الدية فله نصفها لأن قطع اليد من الكوع لا يوجب أكثر من نصف الدية فما دونه أولى.

الثالثة: قطع من الكوع فله قطع يده من الكوع لأنه مفصل وليس له قطع الأصابع لأنه غير محل الجناية فلا يستوفى منه مع إمكان الاستيفاء من محلها. **الرابعة**: قطع من نصف الذراع فليس له أن يقطع من ذلك الموضع لأنه ليس بمفصل وقد ذكرنا الخبر الوارد فيه فله نصف الدية وحكومة في المقطوع من الذراع، وهل له أن يقطع من الكوع؟ فيه وجهان كما ذكرنا. فيمن قطع من نصف الكف ومن جوز له القطع من الكوع فعنده في وجوب الحكومة لما قطع من

الذراع وجهان، ويخرج أيضاً في جواز قطع الأصابع وجهان، فإن قطع منها لم يكن لـه حكومـة في الكف لأنه أمكنه أخذه قصاصاً فلم يكن له طلب أرشه كما لو كانت الجناية من الكوع.

الخامسة: قطع من المرفق فله القصاص منه لأنه مفصل وليس لـه القطع من الكـوع لأنه أمكنه استيفاء حقه بكماله والاقتصاص من محـل الجنايـة عليه فلم يجز له العـدول إلى غيره وإن عفا إلى الدية فله دية اليد وحكومة للساعد.

السادسة: قطعها من العضد فلا قصاص فيها في أحـد الوجهـين وله ديـة اليد وحكـومة للساعد وبعض العضد والثاني له القصاص من المرفق وهل له حكومـة في الزائـد؟ على وجهـين وهل له القطع من الكوع؟ يحتمل وجهين.

السابعة: قطع من المنكب فالواجب القصاص لأنه مفصل وإن اختار الدية فله دية اليـد وحكومة لما زاد.

الثامنة: خلع عـظم المنكب ويقال لـه مشط الكف فيرجـع فيه إلى اثنـين من ثقات أهـل الخبرة فإن قالوا يمكن الاستيفاء من غير أن تصير جائفة استوفي وإلا صـار الأمر إلى الـدية، وفي جواز الاستيفاء من المرفق أو ما دونه مثل مـا ذكـرنا في نظائـره ومثل هـذه المسائـل في الرجـل، والساق كالذراع والفخذ كالعضد والورك كعظم الكتف، والقدم كالكف.

مسألة: قال: (وليس في المأمومة ولا في الجائفة قصاص)

المأمومة شجاج الرأس وهي التي تصل إلى جلدة الـدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الـدماغ لأنها تجمعه فالشجة الواصلة إليها تسمى مأمومة وآمة لوصولها إلى أم الدماغ، والجائفة في البدن وهي التي تصل إلى الجوف وليس فيها قصاص عند أحد من أهل العلم نعلمه إلا مـا روي عن ابن الزبير أنه قص من المأمـومة فـأنكر النـاس عليه وقـالوا مـا سمعنا أحداً قص منها قبـل ابن الزبير، وممن لم يـر في ذلك قصاصاً مالك والشافعي وأصحاب الـرأي وروي عن علي رضي الله عنه لا قصاص في المأمومة وقاله مكحول والزهري والشعبي، وقـال عطاء والنخعي لا قصـاص في الجائفة.

وروى ابن ماجة في سننه عن العباس بن عبد المطلب عن النبي ﷺ أنه قال: «لا قـود في المأمومة ولا في الجائفة ولا في المنقلة» ولأنهما جرحان لا تؤمن الزيادة فيهما فلم يجب فيهما قصاص ككسر العظام.

فصل: وليس في شيء من شجاج الرأس قصاص سوى الموضحة وسواء في ذلك ما دون الموضحة كالحارصة والبازلة والباضعة والمتلاحمة والسمحاق ومـا فوقها، وهي الهاشمـة و المنقلة والآمة وبهذا قال الشافعي. فأما ما فوق الموضحة فـلا نعلم أحداً أوجب فيهـا القصاص إلا مـا روي عن الـزبير أنـه أقاد من المنقلة وليس بثـابت عنه، وممن قـال به عـطاء وقتادة وابن شـبرمة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي. وقال ابن المنذر لا أعلم أحداً خالف ذلك ولأنهما جراحتان لا

تؤمن الزيادة فيها أشبها المأمومة والجائفة وأما ما دون الموضحة فقد روي عن مالك وأصحاب الرأي أن القصاص يجب في الدامية والباضعة والسمحاق.

ولنا: إنها جراحة لا تنتهي إلى عظم فلم يجب فيها قصاص كالمأمومة، ولأنه لا يؤمن فيها الزيادة فأشبه كسر العظام. وبيان ذلك أنه إن اقتص من غير تقدير أفضى إلى أن يأخذ أكثر من حقه وإن اعتبر مقدار العمق أفضى إلى أن يقتص من الباضعة والسمحاق موضحة ومن الباضعة سمحاقاً لأنه قد يكون لحم المشجوج كثيراً بحيث يكون عمق باضعته كموضحة الشاج أو سمحاقة ولأننا لم نعتبر في الموضحة قدر عمقها فكذلك في غيرها وبهذا قال الحسن وأبو عبيد.

فصل: وإن كانت الشجة فوق الموضحة فأحب أن يقتص موضحة جاز ذلك بغير خلاف بين أصحابنا وهو مذهب الشافعي لأنه يقتص على بعض حقه ويقتص من محل جنايته فإنه إنما يضع السكين في موضع وضعها الجاني لأن سكين الجاني وصلت إلى العظم ثم تجاوزته بخلاف قاطع الساعد فإنه لم يضع سكينه في الكوع، وهل له أرش ما زاد على الموضحة؟ فيه وجهان: **أحدهما**: ليس له ذلك وهو اختيار أبي بكر لأنه جرح واحد فلا يجمع فيه بين قصاص ودية كما لو قطع الشلاء بالصحيحة وكما في الأنفس إذا قتل المسلم بالكافر والعبد بالحر. **والثاني**: له أرش ما زاد على الموضحة اختاره ابن حامد وهو مذهب الشافعي لأنه تعذر القصاص فيه فانتقل إلى البدل كما لو قطع أصبعيه ولم يمكن الاستيفاء إلا من واحدة، وفارق الشلاء بالصحيحة لأن الزيادة ثم من حيث المعنى وليست متميزة بخلاف مسألتنا.

مسألة: قال: (وتقطع الأذن بالأذن)

أجمع أهل العلم على أن الأذن تؤخذ بالأذن وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأنها تنتهي إلى حد فاصل فأشبهت اليد، وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة وتؤخذ أذن السميع بأذن السميع، وتؤخذ أذن الأصم بكل واحدة منهما لتساويهما فإن ذهاب السمع نقص في الرأس لأنه محله وليس بنقص فيهما وتؤخذ الصحيحة بالمثقوبة لأن الثقب ليس بعيب وإنما يفعل في العادة للقرط والتزين به فإن كان الثقب في غير محله أو كانت مخرومة أخذت بالصحيحة ولم تؤخذ الصحيحة بها لأن الثقب إذا انخرم صار نقصاً فيها والثقب في غير محله عيب، ويخير المجني عليه بين أخذ الدية إلا قدر النقص وبين أن يقتص فيما سوى المعيب ويتركه من أذن الجاني، وفي وجوب الحكومة له في قدر الثقب وجهان وإن قطعت بعض أذنه فله أن يقتص من أذن الجاني، وتقدير ذلك بالاجزاء فيؤخذ النصف بالنصف.

والثلث بالثلث وعلى حساب ذلك، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يجزي القصاص في البعض لأنه لا ينتهي إلى حد.

ولنا: إنه يمكن تقدير المقطوع، وليس فيها كسر عظم فجرى القصاص في بعضها كالذكر وبهذا ينتقص ما ذكره.

فصل: وتؤخذ الأذن المستحشفة بالصحيحة وهل تؤخذ الصحيحة بها؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا تؤخذ بها لأنها ناقصة معيبة فلم تؤخذ بها الصحيحة كاليد الشلاء وسائر الأعضاء. **والثاني**: تؤخذ بها لأن المقصود منها جمع الصوت، وحفظ محل السمع والجمال وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الأعضاء.

فصل: وإن قطع أذنه فأبانها فألصقها صاحبها فالتصقت وثبتت فقال القاضي يجب القصاص وهو قول الثوري والشافعي وإسحاق لأنه وجب بالإبانة وقد وجدت الإبانة، وقال أبو بكر لا قصاص فيها وهو قول مالك لأنها لم تبين على الدوام فلم يستحق إبانة أذن الجاني دواماً، وإن سقطت بعد ذلك قريباً أو بعيداً فله القصاص ويرده ما أخذ وعلى قول أبي بكر إذا لم تسقط له دية الأذن وهو قول أصحاب الرأي وكذلك قول الأولين إذا اختار الدية، وقال مالك لا عقل لها إذا عادت مكانها فأما إن قطع بعض أذنه فالتصق فله أرش الجرح ولا قصاص فيه وإن قطع أذن إنسان فاستوفى منه فألصق الجاني أذنه فالتصقت وطلب المجني عليه إبانتها لم يكن له ذلك لأن الإبانة قد حصلت، والقصاص قد استوفي فلم يبق له قبله حق، فأما إن كان المجني عليه لم يقطع جميع الإذن إنما قطع بعضها فالتصق كان للمجني عليه قطع جميعها لأنه استحق إبانة جميعها ولم يكن إبانة والحكم في السن كالحكم في الأذن.

فصل: ومن ألصق أذنه بعد إبانتها أو سنة فهل تلزمه إبانتها؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين فيما بان من الآدمي هل هو نجس أو طاهر؟ إن قلنا هو نجس لزمته إزالتها ما لم يخف الضرر بإزالتها كما لو جبر عظمه بعظم نجس، وإن قلنا بطهارتها لم تلزمه إزالتها وهو اختيار أبي بكر وقول عطاء بن أبي رباح وعطاء الخراساني وهو الصحيح لأنه جزء آدمي طاهر في حياته وموته فكان طاهراً كحالة اتصاله فأما إن قطع بعض أذنه فالتصق لم تلزمه إبانتها لأنها طاهرة على الروايتين جميعاً لأنها لم تصر ميتة لعدم إبانتها ولا قصاص فيها. قاله القاضي وهو مذهب الشافعي لأنه لا يمكن المماثلة في المقطوع منها.

مسألة: قال: (والأنف بالأنف)

وأجمعوا على جريان القصاص في الأنف أيضاً للآية والمعنى ويؤخذ الكبير بالصغير والأقنى بالأفطس وأنف الأشم بأنف الأخشم الذي لا يشم لأن ذلك لعلة في الدماغ والأنف صحيح، كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم وإن كان بأنفه جذام أخذ به الأنف الصحيح ما لم يسقط منه شيء لأن ذلك مرض فإن سقط منه شيء لم يقطع به الصحيح إلا أن يكون من أحد جانبيه فيأخذ من الصحيح مثل ما بقي منه أو يأخذ أرش ذلك، والذي يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن وهو ما لان منه دون قصبة الأنف لأن ذلك حد ينتهي إليه فهو كاليد يجب القصاص فيما انتهى إلى الكوع، وإن قطع الأنف كله مع القصبة فعليه القصاص في المارن وحكومة للقصبة هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي وفيه وجه آخر أنه لا يجب مع القصاص حكومة كي لا يجتمع في عضو واحد قصاص ودية، وقياس قول أبي بكر أنه لا يجب القصاص ها هنا لأنه

يضع الحديدة في غير الموضع الذي وضعها الجاني فيه فلم يملك ذلك كقوله فيمن قطع اليد من نصف الذراع أو الكف.

وذكر القاضي ها هنا كقول أبي بكر وفي نظائره مثل قول ابن حامد ولا يصح التفريق مع التساوي وإن قطع بعض الأنف قدر بالأجزاء وأخذ منه بقدر ذلك كقولنا في الأذن ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضي إلى قطع جميع أنف الجاني لصغره ببعض أنف المجني عليه لكبره ويؤخذ المنخر الأيمن بالأيمن والأيسر بالأيسر ولا يؤخذ أيمن بأيسر ولا أيسر بأيمن ويؤخذ الحاجز بالحاجز لأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى حد.

مسألة: قال: (والذكر بالذكر)

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن القصاص يجري في الذكر لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأن له حداً ينتهي إليه ويمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص كالأنف ويستوي في ذلك الصغير والكبير والشيخ والشاب والذكر الكبير والصغير والصحيح والمريض لأن ما وجب فيه القصاص من الأطراف لم يختلف بهذه المعاني كذلك الذكر ويؤخذ كل واحد من المختون والأغلف بصاحبه لأن الغلفة زيادة تستحق إزالتها فهي كالمعدومة.

وأما ذكر الخصي والعنين فذكر الشريف أن غيرهما لا يؤخذ بهما وهو قول مالك لأنه لا منفعة فيهما لأن العنين لا يطأ ولا ينزل والخصي لا يولد له ولا ينزل ولا يكاد يقدر على الوطء فهما كالأشل ولأن كل واحد منهما ناقص فلا يؤخذ به الكامل كاليد الناقصة بالكاملة. وقال أبو الخطاب: يؤخذ غيرهما بهما في أحد الوجهين وهو مذهب الشافعي لأنهما عضوان صحيحان ينقضان وينبسطان فيؤخذ بهما غيرهما كذكر الفحل غير العنين وإنما عدم الإنزال لذهاب الخصية والعنة لعلة في الظهر فلم يمنع ذلك من القصاص بهما كأذن الأصم وأنف الأخشم وقال القاضي: لا يؤخذ ذكر الفحل بالخصي لتحقق نقصه والإياس من برئه وفي أخذه بذكر العنين وجهان:

أحدهما: يؤخذ به عيره لأنه غير مأيوس من زوال عنته ولذلك يؤجل سنة بخلاف الخصي والصحيح الأول، فإذا ترددت الحال بين كونه مساوياً للآخر وعدمه لم يجب القصاص، لأن الأصل عدمه فلا يجب بالشك سيما وقد حكمنا بانتفاء التساوي لقيام الدليل على عنته وثبوت عيبه ويؤخذ كل واحد من الخصي والعنين بمثله لتساويهما كما يؤخذ العبد بالعبد والذمي بالذمي.

فصل: ويؤخذ بعضه ببعضه ويعتبر ذلك بالأجزاء دون المساحة فيؤخذ النصف بالنصف والربع بالربع وما زاد أو نقص فبحسب ذلك على ما ذكرناه في الأنف والأذن.

مسألة: قال: (والأنثيان بالأنثيين)

ويجري القصاص في الأنثيين لما ذكرنا من النص والمعنى لا نعلم فيه خلافاً فإن قطع إحداهما، وقال أهل الخبرة إنه ممكن أخذها مع سلامة الأخرى جاز. فإن قالوا لا يؤمن تلف الأخرى لم تؤخذ خشية الحيف ويكون فيها نصف الدية، وإن أمن تلف الأخرى أخذت اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى لما ذكرناه في غيرهما.

فصل: وفي القصاص في شفري المرأة وجهان: **وأحدهما**: لا قصاص فيهما لأنه لحم لا مفصل له ينتهي إليه فلم يجب فيه قصاص كلحم الفخذين هذا قول القاضي.

والثاني: فيهما القصاص لأن انتهاءهما معروف فأشبها الشفتين وجفني العين وهذا قول أبي الخطاب ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

فصل: وإن قطع ذكر خنثى مشكل أو أنثييه أو شفريه فاختار القصاص لم يكن له قصاص في الحال ويقف الأمر حتى يتبين حاله لأننا لا نعلم أن المقطوع عضو أصلي وإن اختار الدية وكان يرجى انكشاف حاله أعطيناه اليقين فيكون له حكومة في المقطوع وإن كان قد قطع جميعها فله دية امرأة في الشفرين وحكومة في الذكر والأنثيين وإن يئس من انكشاف حاله أعطي نصف دية الذكر والأنثيين ونصف دية الشفرين وحكومة في نصف ذلك كله.

فصل: يجب القصاص في الأليتين الناتئتين بين الفخذين والظهر بجانبي الدبر، وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال المزني: لا قصاص فيهما لأنهما لحم متصل بلحم فأشبه لحم الفخذ.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأن لهما حداً ينتهيان إليه فجرى القصاص فيهما كالذكر والأنثيين.

مسألة: قال: (وتقلع العين بالعين)

أجمع أهل العلم على القصاص في العين وممن بلغنا قوله في ذلك مسروق والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن علي رضي الله عنه والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأنها تنتهي إلى مفصل فجرى القصاص فيها كاليد وتؤخذ عين الشاب بعين الكبير المريضة وعين الصغير بعين الكبير والأعمش ولا تؤخذ صحيحة بقائمة لأنه يأخذ أكثر من حقه.

فصل: فإن قلع عينه بأصبعه لم يجز أن يقتص بأصبعه لأنه لا يمكن المماثلة فيه وإن لطمه فذهب ضوء عينه لم يجز أن يقتص منه باللطمة،لأن المماثلة فيها غير ممكنة ولهذا لو انفردت من إذهاب الضوء لم يجب فيها قصاص ويجب القصاص في البصر فيعالج بما يذهب ببصره من غير أن يقلع عينه كما روى يحيى بن جعدة أن أعرابياً قدم بحلوبة له إلى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان رضي الله عنه فنازعه فلطمه ففقأ عينه فقال له عثمان هل لك أن أضعف لك

الدية وتعفو عنه؟ فأبى فرفعهما إلى علي رضي الله عنه فدعا علي بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الأخرى ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها من عينه حتى سأل إنسان عينه وإن وضع فيها كافوراً يذهب بضوئها من غير أن يجني على الحدقة جاز، وإن لم يمكن إلا بالجناية على العضو سقط القصاص لتعذر المماثلة.

وذكر القاضي أنه يقتص منه باللطمة فيلطمه المجني عليه مثل لطمته فإن ذهب ضوء عينه وإلا كان له أن يذهبه بما ذكرنا وهذا مذهب الشافعي، وهذا لا يصح فإن اللطمة لا يقتص منها منفردة فلا يقتص منها إذا سرت إلى العين كالشجة إن كانت دون الموضحة، ولأن اللطمة إذا لم تكن في العين لا يقتص منها بمثلها مع الأمن من إفساد العضو في العين فمع خوف ذلك أولى، ولأنه قصاص فيما دون النفس فلم يجز بغير الآلة المعدة كالموضحة وقال القاضي: لا يجب القصاص إلا أن تكون اللطمة تذهب بذلك غالباً فإن كانت لا تذهب به غالباً فذهب فهو شبه عمد لا قصاص فيه وهو قول الشافعي لأنه فعل لا يفضي إلى الفوات غالباً فلم يجب به القصاص كشبه العمد في النفس. وقال أبو بكر: يجب القصاص بكل حال لعموم قوله: ﴿وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأن اللطمة إذا أسالت إنسان العين كانت بمنزلة الجرح ولا يعتبر في الجرح الإفضاء إلى التلف غالباً.

فصل: فلو لطم عينه فذهب بصرها وابيضت وشخصت فإن أمكن معالجة عين الجاني حتى يذهب بصرها وتبيض وتشخص من غير جناية على الحدقة فعل ذلك وإن لم يمكن إلا ذهاب بعض ذلك مثل أن يذهب البصر دون أن تبيض وتشخص فعليه حكومة للذي لم يمكن القصاص فيه كما لو جرح هاشمة فإنه يقتص موضحة ويأخذ أرش باقي جرحه، وعلى قول أبي بكر: لا يستحق مع القصاص أرش. وقال القاضي: إذا اقتص منه يعني لطمه مثل لطمته فذهب ضوء عينه ولم تبيض ولم تشخص فإن أمكن معالجتها حتى تبيض وتشخص من غير ذهاب الحدقة فعله، وإن تعذر ذلك فلا شيء عليه كما لو اندملت موضحة المجني عليه وحشة قبيحة وموضحة الجاني حسنة جميلة لم يجب شيء كذلك ها هنا وهذا بناه على أن اللطمة حصل بها القصاص كما حصل بجرح الموضحة وقد بينا فساد هذا.

فصل: وإن شجه شجة دون الموضحة فأذهب ضوء عينه لم يقتص منه مثل شجته بغير خلاف نعلمه لأنها لا قصاص فيها إذا لم يذهب ضوء العين فكذلك إذا ذهب ويعالج ضوء العين بمثل ما ذكرنا في اللطمة، وإن كانت الشجة فوق الموضحة فله أن يقتص موضحة وهل له أرش الزيادة عليها؟ فيه وجهان وإن ذهب ضوء العين وإلا استعمل فيه ما يزيله من غير أن يجني على الحدقة، وإن شجه موضحة فله أن يقتص منها وحكم القصاص في البصر على ما ذكرنا من قبل. واختلف أصحاب الشافعي في القصاص في البصر في هذه المواضع كلها فقال بعضهم: لا قصاص فيه لأنه لا يجب بالسراية كما لو قطع أصبعه فسرى القطع إلى التي تليها فأذهبها عندهم وقال بعضهم: يجب القصاص ها هنا قولاً واحداً لأن ضوء العين لا تمكن مباشرته بالجناية فيقتص منه بالسراية كالنفس فيقتص من البصر كما ذكرنا فيما قبل هذا.

فصل: إذا قلع الأعور عين صحيح فلا قود وعليه دية كاملة روي ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء. وقال الحسن والنخعي: إن شاء اقتص وأعطاه نصف دية. وقال مالك إن شاء اقتص وإن شاء أخذ دية كاملة.

وقال مسروق والشعبي وابن سيرين وابن مغفل والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر: له القصاص ولا شيء عليه وإن عفا فله نصف الدية لقول الله تعالى: ﴿وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ﴾ [المائدة: ٤٥] وجعل النبي ﷺ في العينين الدية ولأنها إحدى شيئين فيهما الدية فوجب القصاص ممن له واحدة أو نصف الدية كما لو قطع الأقطع يد من له يدان.

ولنا: قول عمر رضي الله عنهما ولم نعرف لهما مخالفاً في عصرهما ولأنه لم يذهب بجميع بصره فلم يجز له الاقتصاص منه بجميع بصره كما لو كان ذا عينين وأما إذا قطع يد الأقطع فلنا فيه منع ومع التسليم فالفرق بينهما أن يد الأقطع لا تقوم مقام اليدين في النفع الحاصل بهما بخلاف عين الأعور فإن النفع الحاصل بالعينين حاصل بها وكل حكم يتعلق بصحيح العينين يثبت في الأعور مثله ولهذا صح عتقه في الكفارة دون الأقطع. فأما وجوب الدية كاملة عليه وهو قول مالك فلأنه لما دفع عنه القصاص مع إمكانه لفضيلته ضوعفت الدية عليه كالمسلم إذا قتل ذمياً عمداً ولو قلع الأعور إحدى عيني الصحيح خطأ لم يلزمه إلا نصف الدية بغير اختلاف لعدم المعنى المقتضي لتضعيف الدية.

فصل: ولو قلع الأعور عين مثله ففيه القصاص بغير خلاف لتساويهما من كل وجه إذا كانت العين مثل العين في كونها يميناً أو يساراً. وإن عفا إلى الدية فله جميعها وكذلك إن قلعها خطأ أو عفا بعض مستحقي القصاص لأنه ذهب بجميع بصره فأشبه ما لو قلع عيني صحيح.

فصل: وإن قلع الأعور عيني صحيح فقال القاضي: هو مخير إن شاء اقتص ولا شيء له سوى ذلك لأنه قد أخذ جميع بصره فإن اختار الدية فله دية واحدة لقول النبي ﷺ: «وفي العينين الدية» لأنه لم يتعذر القصاص فلم تتضاعف الدية كما لو قطع الأشل يد صحيح أو كان رأس الشاج أصغر أو يد القاطع أنقص. وقال القاضي: يقتضي الفقه أن يلزمه ديتان **إحداهما**: للعين التي تقابل عينه. **والدية الثانية**: لأجل العين الناتئة لأنها عين أعور والصحيح ما قلنا وهو قول أكثر أهل العلم وأشد موافقة للنصوص وأصح في المعنى.

فصل: وإن قلع صحيح العينين عين أعور فله القصاص من مثلها ويأخذ نصف الدية، نص عليه أحمد لأنه ذهب بجميع بصره وأذهب الضوء الذي بدله دية كاملة وقد تعذر استيفاء جميع الضوء إذ لا يمكن أخذ عينين بعين واحدة ولا أخذ يمين بيسرى فوجب الرجوع ببدل نصف الضوء ويحتمل أنه ليس له إلا القصاص من غير زيادة أو العفو على الدية كما لو قطع الأشل يداً صحيحة ولأن الزيادة ها هنا غير متميزة فلم يكن لها بدل كزيادة الصحيحة على الشلاء هذا مع عموم قوله تعالى: ﴿وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ﴾ [المائدة: ٤٥]

فصل: وإن قطع الأقطع يد من له يدان فعليه القصاص وإن قطعت رجل الأقطع أو يده فله القصاص أو نصف الدية لأن يد الأقطع لا تقوم مقام يديه في الانتفاع والبطش ولا يجزىء في العتق عن الكفارة بخلاف عين الأعور فإنها تقوم مقام عينيه جميعاً. وقال القاضي: إن كانت المقطوعة أو لا قطعت ظلماً أو قصاصاً ففي الباقية نصف الدية رواية واحدة وإن كانت الأولى قطعت في سبيل الله ففي الثانية روايتان: إحداهما: نصف الدية والثانية دية كاملة لأنه عطل منافعه من العضوين جملة وأما إن قطع الأقطع يد من ليس بأقطع فإن قلنا إن في يد الأقطع دية كاملة فلا قصاص. وإن قلنا لا تكمل فيها الدية فالقصاص واجب فيها واللائق بالفقه ما ذكرناه أولاً والتعليل بتفويت منفعة العضوين ينتقض بما إذا قطعت الأولى قصاصاً، والقياس على عين الأعور غير صحيح لما بينهما من الفرق، فأما إن قطعت إذن من قطعت إحدى أذنيه فليس له إلا نصف الدية رواية واحدة، وإن قطع هو أذن ذي أذنين وجب عليه القصاص بغير خلاف علمناه لا في المذهب ولا في غيره لأنه نفع كل أذن لا يتعلق بالأخرى.

فصل: ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى مفصل وهذا مذهب الشافعي، ويؤخذ جفن البصير بجفن البصير والضرير وجفن الضرير بكل واحد منهما لأنهما تساويا في السلامة من النقص وعدم البصر نقص في غيره لأنه يمنع أخذ أحدهما بالآخر كالأذن إذا عدم السمع منها.

مسألة: قال: (والسن بالسن)

أجمع أهل العلم على القصاص في السن للآية وحديث الربيع ولأن القصاص فيها ممكن لأنها محدودة في نفسها فوجب فيها القصاص كالعين، وتؤخذ الصحيحة بالصحيحة وتؤخذ المكسورة بالصحيحة لأنه يأخذ بعض حقه وهل يأخذ مع القصاص أرش الباقي؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما مضى.

فصل: ولا يقتص إلا من سن من اثغر أي سقطت رواضعه ثم نبتت، يقال لمن سقطت رواضعه ثغر فهو مثغور فإذا نبتت قيل أثغر واثغر لغتان، وإن قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجاني في الحال. وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأنها تعود بحكم العادة فلا يقتص منها كالشعر، ثم إن عاد بدل السن في محلها مثلها على صفتها فلا شيء على الجاني كما لو قلع شعرة ثم نبتت، وإن عادت مائلة عن محلها أو متغيرة عن صفتها كان عليه حكومة لأنها لو لم تعد ضمن السن فإذا عادت ناقصة ضمن ما نقص منها بالحساب ففي ثلثها ثلث ديتها وفي ربعها ربعها وعلى هذا، وإن عادت والدم يسيل ففيها حكومة لأنه نقص حصل بفعله، وإن مضى زمن عودها ولم تعد سئل أهل العلم بالطب فإن قالوا قد يئس من عودها فالمجني عليه بالخيار بين القصاص أو دية السن فإن مات المجني عليه قبل الإياس من عودها فلا قصاص لأن الاستحقاق له غير متحقق فيكون ذلك شبهة في درئه وتجب الدية لأن القلع موجود والعود مشكوك فيه، ويحتمل أنه إذا مات قبل مجيء وقت عودها أن لا يجب شيء لأن العادة عودها

فأشبه ما لو حلق شعره فمات قبل نباته، فأما إن قلع سن من قد ثغر وجب القصاص له في الحال لأن الظاهر عدم عودها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. وقال القاضي: يسأل أهل الخبرة فإن قالوا لا تعود فله القصاص في الحال وإن قالوا يرجى عودها إلى وقت ذكروه لم يقتص حتى يأتي ذلك الوقت وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنها تحتمل العود فأشبهت سن من لم يثغر.

وإذا ثبت هذا: فإنها إن لم تعد بعد فلا كلام وإن عادت لم يجب قصاص ولا دية، وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يسقط الأرش لأن هذه السن لا تستخلف عادة فإذا عادت كانت هبة مجددة ولذلك لا ينتظر عودها في الضمان.

ولنا: إنها سن عادت فسقط الأرش كسن من لم يثغر وندرة وجودها لا يمنع ثبوت حكمها إذا وجدت، فعلى هذا إن كان أخذ الأرش رده، وإن كان استوفى القصاص لم يجز قلع هذه قصاصاً لأنه لم يقصد العدوان، وإن عادت سن الجاني دون سن المجني عليه ففيه وجهان: **أحدهما**: لا تقلع لئلا يأخذ سنين بسن واحدة وإنما قال الله تعالى: ﴿وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾ [المائدة: ٤٥] **والثاني**: تقلع وإن عادت مرات لأنه قلع سنه وأعدمها فكان له إعدام سنه ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

فصل: وإن قلع سناً فاقتص منه ثم عادت سن المجني عليه فقلعها الجاني ثانية فلا شيء عليه لأن سن المجني عليه لما عادت وجب للجاني عليه دية سنة فلما قلعها وجب على الجاني ديتها للمجني عليه فقد وجب لكل واحد منهما دية سن فيتقاصان.

مسألة: قال: (وإن كسر بعضها برد من سن الجاني مثله)

وجملته: أن القصاص جار في بعض السن لأن الربيع كسرت سن جارية فأمر النبي ﷺ بالقصاص ولأن ما جرى القصاص في جملته جرى في بعضه إذا أمكن كالأذن فيقدر ذلك بالأجزاء فيؤخذ النصف بالنصف والثلث بالثلث وكل جزء بمثله ولا يؤخذ ذلك بالمساحة كي لا يفضي إلى أخذ جميع سن الجاني ببعض سن المجني عليه، ويكون القصاص بالمبرد ليؤمن أخذ الزيادة فإنا لو أخذناها بالكسر لم نأمن أن تنصدع أو تنقلع أو تنكسر من غير موضع القصاص ولا يقتص حتى يقول أهل الخبرة إنه يؤمن انقلاعها أو السواد فيها لأن توهم الزيادة يمنع القصاص في الأعضاء كما لو قطعت يده من غير مفصل، فإن قيل فقد أجزتم القصاص في الأطراف مع توهم سرايتها إلى النفس فلم منعتم منه لتوهم السراية إلى بعض العضو؟ قلنا: وهم السراية إلى النفس لا سبيل إلى التحرز منه فلو اعتبرناه في المنع لسقط القصاص في الأطراف بالكلية فسقط اعتباره. أما السراية إلى بعض العضو فتارة نقول إنما منع القصاص فيها احتمال الزيادة في الفعل لا في السراية مثل من يستوفي بعض الذراع فإنه يحتمل أن يفعل أكثر مما فعل به وكذلك من كسر سناً ولم يصدعها فكسر المتوفي سنه وصدعها أو قلعها أو كسر أكثر مما كسر فقد زاد على المثل، والقصاص يعتمد المماثلة، وتارة نقول إن السراية في بعض العضو إنما منع

إذا كانت ظاهرة ومثل هذا يمنع في النفس ولهذا منعناه من الاستيفاء بآلة كالة أو مسمومة وفي وقت إفراط الحرارة أو البرودة تحرزاً من السراية.

فصل: ومن قلع سناً زائدة وهي التي تنبت فضلة في غير سمت الأسنان خارجة عنها إما إلى داخل الفم وإما إلى الشفة كانت للجاني مثلها في موضعها فللمجني عليه القصاص أو أخذ حكومة في سنه وإن لم يكن له مثلها في محلها فليس للمجني عليه إلا الحكومة وإن كانت إحدى الزائدتين أكبر من الأخرى ففيه وجهان: **أحدهما**: لا تؤخذ الكبرى بالصغرى لأن الحكومة فيها أكبر فلا يقلع بها ما هو أقل قيمة منها.

والثاني: تؤخذ بها لأنهما سنان متساويان في الموضع فتؤخذ كل واحدة منهما بالأخرى كالأصليتين، ولأن قول الله تعالى: ﴿وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾ [المائدة: ٤٥] عام فيدخل فيه محل النزاع، وإن قلنا يثبت القياس في الزائدتين بالاجتهاد فالثابت بالاجتهاد معتبر بما ثبت بالنص واختلاف القيمة لا يمنع القصاص بدليل جريانه بين العبيد وبين الذكر والأنثى في النفس والأطراف، على أن كبر السن لا يوجب كثرة قيمتها فإن السن الزائدة نقص وعيب وكثرة العيب زيادة في النقص لا في القيمة ولأن كبر السن الأصلية لا يزيد قيمتها فالزائدة كذلك.

فصل: ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأن له حداً ينتهي إليه فاقتص منه كالعين ولا نعلم في هذا خلافاً، ولا يؤخذ لسان ناطق بلسان أخرس لأنه أفضل منه ويؤخذ الأخرس بالناطق لأنه بعض حقه ويؤخذ بعض اللسان ببعض لأنه أمكن القصاص في جميعه فأمكن في بعضه كالسن ويقدر ذلك بالأجزاء ويؤخذ منه بالحساب.

فصل: وتؤخذ الشفة بالشفة وهي ما جاوز الذقن والخدين علواً وسفلاً لقول الله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأن له حداً ينتهي إليه يمكن القصاص منه فوجب كاليدين.

مسألة: قال: (ولا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمين)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن ابن سيرين وشريك أن إحداهما تؤخذ بالأخرى لأنهما يستويان في الخلقة والمنفعة.

ولنا: إن كل واحدة منهما تختص باسم فلا تؤخذ إحداهما بالأخرى كاليد مع الرجل، فعلى هذا كل ما انقسم إلى يمين ويسار كاليدين والرجلين والأذنين والمنخرين والثديين والأليتين والأنثيين لا تؤخذ إحداهما بالأخرى.

فصل: وما انقسم إلى أعلى وأسفل كالجفنين والشفتين لا يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى لما ذكرنا ولا تؤخذ أصبع بأصبع إلا أن يتفقا في الاسم والموضع، ولا تؤخذ أنملة بأنملة إلا أن يتفقا في ذلك ولا تؤخذ عليا بسفلى ولا وسطى. والوسطى والسفلى لا تؤخذان

بغيرهما، ولا تؤخذ السن بالسن إلا أن يتفق موضعهما واسمهما ولا تؤخذ أصبع ولا سن أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية ولا زائدة بزائدة في غير محلها لما ذكرناه.

فصل: وما لا يجوز أخذه قصاصاً لا يجوز بتراضيهما واتفاقهما عليه. لأن الدماء لا تستباح بالاستباحة والبذل، ولذلك لو بذلها له ابتداء لا يحل أخذها، ولا يحل لأحد قتل نفسه ولا قطع طرفه فلا يحل لغيره ببذله، فلو تراضيا على قطع إحدى اليدين بدلاً عن الأخرى فقطعها المقتص سقط القود لأن القود في الأولى بإسقاط صاحبها، وفي الثانية بإذن صاحبها في قطعها ودياتهما متساوية، وهذا قول أبي بكر ولذلك قال: لو قطع المقتص اليد الأخرى عدواناً لسقط القصاص لأنهما تساويا في الألم والدية والاسم فتقاصا وتساقطا، ولأن إيجاب القصاص يفضي إلى قطع يدي كل واحد منهما وإذهاب منفعة الجنس وإلحاق الضرر العظيم بهما جميعاً، ولا تفريع على هذا القول لوضوحه، وكل واحد من القطعتين مضمون بسرايته لأنه عدوان وقال ابن حامد: إن كان أخذها عدواناً فلكل واحد منهما القصاص على صاحبه، وإن أخذها بتراضيهما فلا قصاص في الثانية لرضا صاحبها ببذلها وإذنه في قطعها، وفي وجوبه في الأولى وجهان: **أحدهما**: يسقط لما ذكرنا. **والثاني**: لا يسقط لأنه رضي بتركه بعوض لم يثبت فكان له الرجوع إلى حقه كما لو باعه سلعة بخمر وقبضه إياه فعلى هذا له القصاص إلا أنه لا يقتص إلا بعد اندمال الأخرى وللجاني دية يده فإذا وجب للمجني عليه دية يده وكانت الديتان واحدة تقاصا وإن كانت إحداهما أكبر من الأخرى كالرجل مع المرأة وجب القصاص لصاحبه.

فصل: وإذا قال المقتص للجاني أخرج يمينك لأقطعها فأخرج يساره فقطعها فعلى قول أبي بكر يجزىء ذلك سواء قطعها عالماً بها أو غير عالم، وعلى قول ابن حامد إن أخرجها عمداً عالماً بأنها يساره وإنها لا تجزىء فلا ضمان على قاطعها ولا قود لأنه بذلها بإخراجه لها لا سبيل على العوض وقد يقوم الفعل في ذلك مقام النطق بدليل أنه لا فرق بين قوله خذ هذا فكله وبين استدعاء ذلك منه فيعطيه إياه، ويفارق هذا ما لو قطع يد إنسان وهو ساكت لأنه لم يوجد منه البذل وينظر في المقتص فإن فعل ذلك عالماً بالحال عذر لأنه ممنوع منه لحق الله تعالى، وهل يسقط القصاص في اليمين؟ على وجهين: **أحدهما**: يسقط لأن قاطع اليسار تعدى بقطعها ولأنه قطع إحدى يديه فلم يملك قطع اليد الأخرى كما لو قطع يد السارق اليسرى مكان يمينه فإنه لا يملك قطع يمينه.

والوجه الثاني: أنه لا يسقط وهو مذهب الشافعي، وفرقوا بين القصاص وقطع السارق من ثلاثة أوجه: **أحدها**: أن الحد مبني على الإسقاط بخلاف القصاص. **والثاني**: أن اليسار لا تقطع في السرقة وإن عدمت يمينه لأنه يفوت منفعة الجنس في الحد بخلاف القصاص. **والثالث**: أن اليد لو سقطت بأكلة أو قصاص سقط القطع في السرقة فجاز أن يسقط بقطع اليسار بخلاف القصاص فإنه لا يسقط وينتقل إلى البدل لكن لا تقطع يمينه حتى تندمل يساره لئلا يؤدي إلى ذهاب نفسه، فإن قيل أليس لو قطع يمين رجل ويسار آخر لم يؤخر أحدهما إلى اندمال الآخر؟ قلنا الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصاً فلهذا جمعنا بينهما وفي مسألتنا

أحدهما غير مستحق فلم نجمع بينهما فإذا اندملت اليسار قطعنا اليمين فإن سرى قطع اليسار إلى نفسه كانت هدراً ويجب في تركته، دية اليمين لتعذر الاستيفاء فيها بموته وإن قال المقتص منه لم أعلم أنها اليسار أو ظننت أنها تجزىء عن اليمين نظرت في المستوفي فإن علم أنها يساره وأنها لا تكون قصاصاً ضمنها بديتها ويعزر وقال بعض الشافعية عليه القصاص لأنه قطعها مع العلم بأنه ليس له قطعها.

ولنا: إنه قطعها ببذل صاحبها فلم يجب عليه القصاص كما لو علم باذلها وإن كان جاهلاً فلا تعزير عليه وعليه الضمان بالدية لأنه بذلها على وجه البذل فكانت مضمونة عليه ولأنها مضمونة لو كان القاطع عالماً بها وما وجب ضمانه في العمد وجب في الخطأ كإتلاف المال، والقصاص باق له في اليمين ولا تقطع حتى تندمل اليسار فإذا اندملت فله قطع اليمين فإن عفا وجب بدلها ويتقاصان وإن سرت اليسار إلى نفسه كانت مضمونة بالدية الكاملة وقد تعذر قطع اليمين ووجب له نصف الدية فيتقاصان به ويبقى نصف الدية لورثة الجاني، وإن اختلفا في بذلها فقال الجاني إنما بذلتها بدلاً عن اليمين. وقال المجني عليه بذلتها في غير عوض أو قال أخرجتها دهشة. فقال: بل عالماً. فالقول قول الجاني لأنه أعلم بنيته ولأن الظاهر أن الإنسان لا يبذل طرفه للقطع تبرعاً مع أن عليه قطعاً مستحقاً وهذا مذهب الشافعي، وإن كان باذل اليسار مجنوناً مثل أن يجن بعد وجوب القصاص عليه فعلى قاطعها ضمانها بالقصاص إن كان عالماً وبالدية إن كان مخطئاً لأن بذل المجنون ليس بشبهة. وإن كان من له القصاص مجنوناً ومن عليه القصاص عاقلاً فأخرج إليه يساره أو يمينه فقطعها ذهبت هدراً لأنه لا يصح منه الاستيفاء ولا يجوز البدل له ولا ضمان عليه لأنه أتلفها ببذل صاحبها، لكن إن كان المقطوع اليمنى فقد تعذر استيفاء القصاص فيها لتلفها فيكون للمجنون ديتها، وإن وثب المجنون عليه فقطع يده التي لا قصاص فيها فعلى عاقلته ديتها وله القصاص في الأخرى وإن قطع الأخرى فهو مستوف حقه في أحد الوجهين، لأن حقه متعين فيها فإذا أخذها قهراً سقط حقه كما لو أتلف وديعته. **والثاني**: لا يسقط حقه وله عقل يده وعقل يد الجاني على عاقلته لأن المجنون لا يصح منه الاستيفاء ويفارق الوديعة إذا أتلفها لأنها تلفت بغير تفريط وليس لها بدل إذا تلفت بذلك واليد بخلافه فإنها لو تلفت بغير تفريط كانت عليه ديتها وكذلك الصغير وكذلك الحكم فيهما إذا قتلا قاتل أبيهما عمداً وإن اقتصا من الجاني مالا تحمله عاقلته. كما دون الثلث كقطع أصبع ونحوها سقط حقهما لأن ذلك يقتضي الدية في ذمتهما ولهما في ذمة الجاني مثل ذلك فيتقاصان وإن كانت ديتهما مختلفة كالمسلم والذمي والرجل والمرأة فإن قلنا يكونان مستوفيين لحقهما بالقطع لم يبق لهما حق كما لو أتلفا وديعتهما وإن قلنا لا يكونان مستوفيين يقاص من الديتين بقدر الأدنى منهما ووجب الفضل للصبي والمجنون وإن كانت الجناية عليهما أو على وليهما خطأ تحمله العاقلة فاستوفيا القصاص لم يسقط حقهما وجهاً واحداً وكانت دية من استوفيا منه على عاقلتهما مؤجلة ودية الجناية عليهما أو على وليهما على عاقلة الجاني مؤجلة.

فصل: وسراية القود غير مضمونة ومعناه أنه إذا قطع طرفاً يجب القود فيه فاستوفى منه المجني عليه ثم مات الجاني بسراية الاستيفاء لم يلزم المستوفي شيء، وبهذا قال الحسن وابن سيرين ومالك والشافعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد وابن المنذر وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم وقال عطاء وطاوس وعمرو بن دينار والحارث العكلي والشعبي والنخعي والزهري وأبو حنيفة: عليه الضمان قال أبو حنيفة عليه كمال الدية في ماله وقال غيره هي على عاقلته لأنه فوت نفسه ولا يستحق إلا طرفه فلزمته ديته كما لو ضرب عنقه ولأنها سراية قطع مضمون فكانت مضمونة كسراية الجناية والدليل على أنه مضمون أنه مضمون بالقطع الأول لأنه في مقابلته.

ولنا: إن عمر وعلياً رضي الله عنهما قالا: «من مات من حد أو قصاص لا دية له ألحق قتله» رواه سعيد بمعناه ولأنه قطع مستحق مقدر فلا تضمن سرايته كقطع السارق وفارق ما قاسوا عليه فإنه ليس ما فعله مستحقاً.

إذا ثبت هذا فلا فرق بين سرايته إلى النفس بأن يموت منها أو إلى ما دونها مثل أن يقطع أصبعاً فتسري إلى كفه.

فصل: وسراية الجناية مضمونة بلا خلاف لأنها أثر الجناية والجناية مضمونة فكذلك أثرها ثم إن سرت إلى النفس وما لا يمكن مباشرته بالإتلاف مثل أن يهشمه في رأسه فيذهب ضوء عينيه وجب القصاص فيه ولا خلاف في ذلك في النفس وفي ضوء العين خلاف قد ذكرناه فيما تقدم وإن سرت إلى ما يمكن مباشرته بالإتلاف مثل إن قطع أصبعاً فتآكلت أخرى وسقطت من مفصل ففيه القصاص أيضاً في قول إمامنا وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن وقال أكثر الفقهاء لا قصاص في الثانية وتجب ديتها لأن ما أمكن مباشرته بالجناية لا يجب القود فيه بالسراية كما لو رمى سهماً فمرق منه إلى آخر.

ولنا: إن ما وجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية كالنفس وضوء العين ولأنه أحد نوعي القصاص فأشبه ما ذكرنا وفارق ما ذكروه فإن ذلك فعل وليس بسراية ولأنه لو قصد ضرب رجل فأصاب آخر لم يجب القصاص ولو قصد قطع إبهامه فقطع سبابته وجب القصاص ولو ضرب إبهامه فمرق إلى سبابته وجب القصاص فيهما فافترقا ولأن الثانية تلفت بفعل أوجب القصاص فوجب القصاص فيها كما لو رمى إحداهما فمرق إلى الأخرى فأما إن قطع أصبعاً فشلت إلى جانبها أخرى وجب القصاص في المقطوعة حسب الأرش في الشلاء وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا قصاص فيهما ويجب أرشهما جميعاً لأن حكم السراية لا ينفرد عن الجناية بدليل ما لو سرت إلى النفس فإذا لم يجب القصاص في إحداهما لم يجب في الأخرى.

ولنا: إنها جناية موجبة للقصاص لو لم تسر فأوجبته إذا سرت كالتي تسري إلى سقوط أخرى وكما لو قطع يد حبلى فسرى إلى جنينها وبهذا يبطل ما ذكره وفارق الأصل لأن السراية مقتضية للقصاص كاقتضاء الفعل له فاستوى حكمهما وها هنا بخلافه ولأن ما ذكره غير صحيح

فإن القطع إذا سرى إلى النفس سقط القصاص في القطع ووجب في النفس فخالف حكم الجناية حكم السراية فسقط ما قاله.

إذا ثبت هذا فإن الأرش يجب في ماله ولا تحمله العاقلة لأنه جناية عمد وإنما لم يجب القصاص فيه لعدم المماثلة في قطع والشلل فإذا قطع إصبعه فشلت أصابعه الباقية وكفه فعفا عن القصاص وجب له نصف الدية وإن اقتص من الإصبع فله في الأصابع الباقية أربعون من الإبل ويتبعها ما حاذاها من الكف وهو أربعة أخماسه فيدخل أرشه فيها ويبقى خمس الكف فيه وجهان:

أحدهما: يتبعها في الأرش ولا شيء فيه.

والثاني: فيه الحكومة لأن ما يقابل الأربع تبعها في الأرش لاستوائهما في الحكم وحكم التي اقتص منها مخالف لحكم الأرش فلم يتبعها.

فصل: ولا يجوز القصاص في الطرف إلا بعد اندمال الجرح في قول أكثر أهل العلم منهم: النخعي والثوري وأبو حنيفة ومالك وإسحاق وأبو ثور. وروي ذلك عن عطاء والحسن وقال ابن المنذر: كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء بناء على قولنا إنه إذا سرى إلى النفس يفعل كما فعل، وهذا قول الشافعي قال ولو سأل القود ساعة قطعت أصبعه أقدته لما روى جابر «أن رجلاً طعن رجلاً بقرن في ركبته فقال يا رسول الله أقدني قال: حتى تبرأ فأبى وعجل فاستقاد، له رسول الله ﷺ فعيبت رجل المستفيد وبرأت رجل المستفاد منه فقال النبيّ ﷺ: ليس لك شيء عجلت» رواه سعيد مرسلاً ولأن القصاص من الطرف لا يسقط بالسراية فوجب أن يملكه في الحال كما لو برأ.

ولنا: ما روى جابر أن النبّي ﷺ: «نهى أن يستفاد من الجروح حتى يبرأ المجروح» ورواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ولأن الجرح لا يدري أقتل هو أم ليس بقتل؟ فينبغي أن ينتظر ليعلم ما حكمه؟ فأما حديثهم فقد رواه الدارقطني وفي سياقه فقال رسول الله ﷺ: «قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله وبطل عرجك» ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه وهذه زيادة يجب قبولها وهي متأخرة عن الاقتصاص فتكون ناسخة له وفي نفس الحديث ما يدل على أن استقادته قبل البرء معصية لقوله «قد نهيتك فعصيتني» وما ذكروه ممنوع وهو مبني على الخلاف.

فصل: فإن اقتص قبل الاندمال هدرت سراية الجناية، وقال أبو حنيفة والشافعي بل هي مضمونة لأنها سراية جناية فكانت مضمونة كما لو لم يقتص.

ولنا: الخبر المذكور ولأنه استعجل ما لم يكن له استعجاله فبطل حقه كقاتل موروثه وبهذا فارق من لم يقتصّ فعلى هذا لو سرى القطعان جميعاً فمات الجاني والمستوفي فهما هدر. وقال أبو حنيفة يجب ضمان كل واحد منهما مضمونة ثم يتقاصان فيسقطان، وقال الشافعي إن مات المجني عليه أولاً ثم مات الجاني كان قصاصاً لأنه مات من سراية القطع فقد مات بفعل المجني

عليه، وإن مات الجاني فكذلك في أحد الوجهين وفي الآخر يكون الجاني هدراً ولولي المجني عليه نصف الدية، فأما إن سرى أحد القطعين دون موت صاحبه فعندنا هو هدر لا ضمان فيه وعند أبي حنيفة يجب ضمان سرايته وعند الشافعي إن سرت الجناية فهي مضمونة وإن سرى الاستيفاء لم يجب ضمانه ومبنى ذلك على ما تقدم من الخلاف.

فصل: وإن اندمل جرح الجناية فاقتص منه ثم انتقض فسرى فسرايته مضمونة وسراية الاستيفاء غير مضمونة لأنه اقتص بعد جواز الاقتصاص فعلى هذا لو قطع يد رجل فبرأ فاقتص ثم انتقض جرح المجني عليه فمات فلوليه قتل الجاني لأنه مات من جنايته، وإن عفا إلى الدية فلا شيء له لأنه استوفى بالقطع ما قيمته دية وهو يداه وإن سرى الاستيفاء لم يجب أيضاً شيء لأن القصاص قد سقط بموته والدية لا يمكن إيجابها لما ذكرنا، وإن كان المقطوع بالجناية يداً فوليه بالخيار بين القصاص في النفس وبين العفو إلى نصف الدية ومتى سقط القصاص بموت الجاني أو غيره وجب نصف الدية في تركة الجاني أو ماله إن كان حياً.

فصل: ولو قطع كتابي يد مسلم فبرأ أو اقتص ثم انتقض جرح المسلم فمات فلوليه قتل الكتابي والعفو إلى أرش الجرح وفي قدره وجهان:

أحدهما: نصف الدية لأنه قد استوفى بدل يده بالقصاص وبدلها نصف ديته فبقي له نصفها كما لو كان القاطع مسلماً.

والثاني: له ثلاثة أرباعها لأن يد اليهودي تعدل نصف ديته وذلك ربع دية المسلم فقد استوفى ربع ديته وبقي له ثلاثة أرباعها وإن كان قطع يدي المسلم فاقتص منه ثم مات المسلم فعفا وليه إلى مال انبنى على الوجهين إن قلنا تعتبر قيمة اليهودي فله ها هنا نصف الدية وإن قلنا الاعتبار بقيمة يد المسلم فلا شيء له ها هنا لأنه قد استوفى بدل يديه وهما جميع ديته، ولو كان القطع في يديه ورجليه فعفا إلى الدية لم يكن له شيء وجهاً واحداً لأن دية ذلك دية مسلم، ولو كان الجاني امرأة على رجل فالحكم على ما ذكرنا سواء لأن ديتها نصف دية الرجل.

فصل: إذا قطع يد رجل من الكوع ثم قطعها من المرفق فمات بسرايتهما فلوليه قتل القاطعين وليس له أن يقطع طرفيها في أحد الوجهين وفي الآخر له قطع يد القاطع من الكوع فإن قطعها ثم عفا عنه فله نصف الدية وأما الآخر فإن كانت يده مقطوعة من الكوع فقطعها من المرفق ثم عفا فله دية إلا قدر الحكومة في الذراع ولو كانت يد القاطع من المرفق صحيحة لم يجز قطعها رواية واحدة لأنه يأخذ صحيحة بمقطوعة وإن قطع أيديهما وهما صحيحتان أو قطع رجلان يديه فقطع يديهما ثم سرت الجناية فمات من قطعهما فليس لوليه العفو على الدية لأنه قد استوفى ما قيمته دية وإن اختار قتلهما فله ذلك.

فصل: ولا يجوز أن يقتص من حامل قبل وضعها سواء كانت حاملاً وقت الجناية أو حملت بعدها قبل الاستيفاء وسواء كان القصاص في النفس أو في الطرف: أما في النفس فلقول الله تعالى: ﴿فَلَا يُسْرِف فِي ٱلْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣] وقتل الحامل قتل لغير القاتل فيكون إسرافاً.

وروى ابن ماجة بإسناده عن عبد الرحمن بن غنم قال ثنا معاذ بن جبل وأبو عبيدة بن الجراح وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس قالوا إن رسول الله ﷺ قال: «إذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع ما في بطنها إن كانت حاملاً وحتى تكفل ولدها وإن زنت لم ترجم حتى تضع ما في بطنها وحتى تكفل ولدها» وهذا نص ولأن النبي ﷺ قال للغامدية المقرة بالزنا: «ارجعي حتى تضعي ما في بطنك. ثم قال لها: ارجعي حتى ترضعيه» ولأن هذا إجماع من أهل العلم لا نعلم بينهم فيه اختلافاً.

وأما القصاص في الطرف فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى الجاني أو إلى زيادة في حقه فلأن تمنع منه خشية السراية إلى غير الجاني تفويت نفس معصومة أولى وأحرى ولأن في القصاص منها قتلاً لغير الجاني وهو حرام وإذا وضعت لم تقتل حتى تسقي الولد اللبأ لأن الولد لا يعيش إلا في الغالب ثم إن لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قتلها حتى يجيء أوان فطامه لما ذكرنا من الخبرين. ولأنه لما أخر الاستيفاء لحفظه وهو حمل فلأن يؤخر لحفظه بعد وضعه أولى إلا أن يكون القصاص فيما دون النفس ويكون الغالب بقاؤها وعدم ضرره بالاستيفاء منها فيستوفى. وإن وجد له مرضعة راتبة جاز قتلها لأنه يستغني بلبنها وإن كانت مترددة أو جماعة يتناوبنه أو أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها جاز قتلها ويستحب للولي تأخيرها لما على الولد من الضرر لاختلاف اللبن عليه وشرب لبن البهيمة.

فصل: وإذا ادعت الحمل ففيه وجهان: أحدهما: تحبس حتى يتبين حملها لأن للحمل أمارات خفية تعلمها من نفسها ولا يعلمها غيرها فوجب أن يحتاط للحمل حتى يتبين انتفاء ما ادعته. ولأنه أمر يختصها فقبل قولها فيه كالحيض. الثاني: ذكره القاضي أنها ترى أهل الخبرة فإن شهدن بحملها أخرت وإن شهدن ببراءتها لم تؤخر لأن الحق حال عليها فلا يؤخر بمجرد دعواها.

فصل: وإن اقتص من حامل فقد أخطأ وأخطأ السلطان الذي مكنه من الاستيفاء وعليهما الإثم إن كانا عالمين أو كان منهما تفريط وإن علم أحدهما أو فرط فالإثم عليه ثم ننظر فإن لم تلق الولد فلا ضمان فيه لأنا لم نتحقق وجوده وحياته. وإن انفصل ميتاً أو حياً لوقت لا يعيش في مثله ففيه غرة وإن انفصل حياً لوقت يعيش مثله ثم مات من الجناية وجبت فيه دية، وعلى من يجب ضمانه؟ ننظر فإن كان الإمام والولي عالمين بالحمل وتحريم الاستيفاء أو جاهلين بالأمرين أو بأحدهما أو كان الولي عالماً بذلك دون الممكن له من الاستيفاء فالضمان عليه وحده لأنه مباشر والحاكم الممكن له صاحب سبب ومتى اجتمع المباشر مع المتسبب كان الضمان على المباشر دون المتسبب كالحافر مع الدافع، وإن علم الحاكم دون الولي فالضمان على الحاكم وحده لأن المباشر معذور فكان الضمان على المتسبب كالسيد إذا أمر عبده بالقتل والعبد أعجمي لا يعرف تحريم القتل وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء، وقال القاضي إن كان أحدهما عالماً وحده فالضمان عليه وحده وإن كانا عالمين فالضمان على الحاكم لأنه الذي

يعرف الأحكام والولي إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده. وإن كانا جاهلين ففيه وجهان: **أحدهما**: الضمان على الإمام كما لو كانا عالمين. **والثاني**: على الولي وهذا مذهب الشافعي.

وقال أبو الخطاب الضمان على الحاكم ولم يفرق. وقال المزني الضمان على الولي في كل حال لأنه المباشر والسبب غير ملجىء فكان الضمان عليه كالحافر مع الدافع وكما لو أمر من يعلم تحريم القتل به فقتل. وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق والله أعلم.

مسألة: قال: (وإذا كان القاطع سالم الطرف والمقطوعة شلاء فلا قود)

لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أو رجل أو لسان صحيح بأشل إلا ما حكي عن داود أنه أوجب ذلك لأن كل واحد منهما مسمى باسم صاحبه فيؤخذ به كالأذنين.

ولنا: إن الشلاء لا نفع فيها سوى الجمال فلا يؤخذ بها ما فيه نفع كالصحيحة لا تؤخذ بالقائمة وما ذكر له قياس وهو لا يقول بالقياس وإذا لم نوجب القصاص في العينين مع قول الله تعالى: ﴿وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ﴾ [المائدة: ٤٥] لأجل تفاوتهما في الصحة والعمى فلأن لا يجب ذلك فيما لا نص فيه أولى.

فصل: وإن قطع أذناً شلاء أو أنفاً أشل فهل يؤخذ به الصحيح؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يؤخذ به كسائر الأعضاء. **والثاني**: يؤخذ به لأن نفعه لا يذهب بشلله فإن نفع الأذن جمع الصوت ورد الهوام وستر موضع السمع ونفع الأنف جمع الريح ورد الهواء أو الهوام فقد ساوى الصحيح الجمال والنفع فوجب أخذ كل واحد منهما بالآخر كالصحيح بالصحيح بخلاف اليد والرجل وللشافعي قولان كالوجهين.

فصل: ولا تؤخذ يد كاملة الأصابع بناقصة الأصابع فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أربع أو ثلاث أو قطع من له أربع أصابع يد من له ثلاث لم يجب القصاص لأنها فوق حقه وهل له أن يقطع من أصابع الجاني بعدد أصابعه؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما إذا قطع من نصف الكف وإن قطع ذو اليد الكاملة يداً فيها أصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجز أخذ الصحيحة بها لأنه أخذ كامل بناقص وفي الاقتصاص من الأصابع الصحاح وجهان فإن قلنا له أن يقتص فله الحكومة في الشلاء وأرش ما تحتها من الكف وهل يدخل ما تحت الأصابع الصحاح في قصاصها أو تجب فيه حكومة؟ على وجهين.

فصل: وإن قطع اليد الكاملة ذو يدٍ فيها إصبع زائد وجب القصاص فيها ذكره أبو عبد الله بن حامد لأن الزائدة عيب ونقص في المعنى يرد بها المبيع فلم يمنع وجودها القصاص منها كالسلعة فيها والخراج واختار القاضي أنها لا تقطع بها وهو مذهب الشافعي لأنها زيادة. فعلى هذا: إن كان للمجني عليه أيضاً إصبع زائدة في محل الزائدة من الجاني وجب القصاص لاستوائهما وإن كانت في غير محلها أو لم يكن للمجني عليه إصبع زائدة لم تؤخذ يد الجاني، وهل يملك قطع الأصابع؟ ننظر فإن كانت الزائدة ملصقة بأحد الأصابع فليس له قطع تلك الأصابع

لأن في قطعها إضراراً بالزائدة وهل له قطع الأصابع الأربع؟ على وجهين، وإن لم تكن ملصقة بواحدة منهن فهل له قطع الخمس؟على وجهين وإن كانت الزائدة ثابتة في اصبع في أنملتها العليا لم يجز قطعها، وإن كانت نابتة في السفلى أو الوسطى فله قطع ما فوقها من الأنامل في أحد الوجهين ويأخذ أرش الأنملة التي تعذر قطعها في أحد الوجهين ويتبع ذلك خمس الكف.

فصل: وإن قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجز القصاص لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة، وإن كانت المقطوعة ذات أظفار إلا أنها خضراء أو مستحشفة أخذنا بها السليمة لأن ذلك علة ومرض والمرض لا يمنع القصاص بدليل أنا نأخذ الصحيح بالسقيم.

مسألة: قال: (وإن كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة فشاء المظلوم أخذها فذلك له ولا شيء له غيرها وإن شاء عفا وأخذ دية يده)

أما إذا اختار الدية فله دية يده لا نعلم فيه خلافاً لأنه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي. وإن اختار القصاص سئل أهل الخبرة فإن قالوا إنه قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء إلى البدن فأفسده سقط القصاص لأنه لا يجوز أخذ نفس بطرف وإن أمن هذا فله القصاص لأنه رضي بدون حقه فكان له ذلك كما لو رضي المسلم بالقصاص من الذمي والرجل من المرأة والحر من العبد وليس له مع القصاص أرش لأن الشلاء كالصحيحة في الخلقة وإنما نقصت في الصفة فلم يكن له أرش كالصور التي ذكرناها. وقال أبو الخطاب: عندي له أرش مع القصاص على قياس قوله في عين الأعور والأول أصح فإن إلحاق هذا الفرع بالأصول المتفق عليها أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه خارج عن الأصول مخالف للقياس.

فصل: وتؤخذ الشلاء بالشلاء إذا أمن في الاستيفاء الزيادة،وقال أصحاب الشافعي لا تؤخذ بها في أحد الوجهين لأن الشلاء عليلة والعلل يختلف تأثيرها في البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما.

ولنا: إنهما متماثلان في ذات العضو وصفته فجاز أخذ إحداهما بالأخرى كالصحيحة بالصحيحة.

فصل: وتؤخذ الناقصة بالناقصة إذا تساوتا فيه بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجني عليه لأنهما تساوتا في الذات والصفة، فأما إن اختلفا فكان المقطوع من يد أحدهما الإبهام ومن الأخرى أصبع غيرها لم يجز القصاص لأن فيه أخذ أصبع بغيرها وإن كانت يد أحدهما ناقصة أصبعاً والأخرى ناقصة تلك الأصبع فأخرى جاز أخذ الناقصة أصبعين بالناقصة أصبعاً وهل له أرش أصبعه الزائدة؟ فيه وجهان. ولا يجوز أخذ الأخرى بها لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة.

فصل: ويجوز أخذ الناقصة بالكاملة لأنها دون حقه وهل له أخذ دية الأصابع الناقصة؟ على وجهين أحدهما: له ذلك وهو قول الشافعي. واختيار ابن حامد.

والثاني: ليس له مع القصاص أرش. وهو مذهب أبي حنيفة وقياس قول أبي بكر لئلا يفضي إلى الجمع بين القصاص ودية في عضو واحد. وقال القاضي قياس قوله: سقوط القصاص كقوله فيمن قطعت يده من نصف الذراع، وليس كذلك لأنه يقتص من موضع الجناية ويضع الحديدة في موضع وضعها الجاني فملك ذلك كما لو جنى عليه فوق الموضحة أو كان رأس الشاج أصغر أو أخذ الشلاء بالصحيحة، ويفارق القاطع من نصف الذراع لأنه لا يمكنه القصاص من موضع الجناية. هكذا حكاه الشريف عن أبي بكر.

فصل: وإن كانت يد القاطع والمجني عليه كاملتين. في يد المجني عليه أصبع زائدة فعلى قول ابن حامد لا عبرة بالزائدة لأنها بمنزلة الخراج والسلعة. وعلى قول غيره له قطع يد الجاني وهل له حكومة في الزائدة؟ على وجهين، وإن قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة أو قطع من له أربع أصابع وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية فلا قصاص في الصورة الأولى لأن الأصلية لا تؤخذ بالزائدة وله القصاص في الصورة الثانية في قول ابن حامد لأن الزائدة لا عبرة بها. وقال غيره إن لم تكن الزائدة في محل الأصلية فلا قصاص أيضاً لأن الأصبعين مختلفان، وإن كانت في محل الأصلية فقال القاضي يجري القصاص وهو مذهب الشافعي ولا شيء له لنقص الزائدة، وهذا فيه نظر فإنها متى كانت في محل الأصلية كانت أصلية لأن الزائدة هي التي زادت عن عدد الأصابع أو كانت في غير محل الأصابع، وهذا له خمس أصابع في محلها فكانت كلها أصلية. فإن قالوا معنى كونها زائدة أنها ضعيفة مائلة عن سمت الأصابع. قلنا: ضعفها لا يوجب كونها زائدة كذكر العنين، وأما ميلها عن الأصابع فإنها إن لم تكن نابتة في محل الأصبع المعدومة فسد قولهم إنها في محلها وإن كانت نابتة في موضعها وإنما مال رأسها واعوجت فهذا مرض لا يخرجها عن كونها أصلية.

فصل: وإذا قطع أصبعه فأصابه من جرحها أكلة في يده وسقطت من مفصل ففيها القصاص وإن بادرها صاحبها فقطعها من الكوع لئلا تسري إلى سائر جسده ثم اندمل جرحه فعلى الجاني القصاص في الأصبع والحكومة فيما تأكل من الكف ولا شيء عليه فيما قطعه المجني عليه لأنه تلف بفعله، وإن لم يندمل ومات من ذلك فالجاني شريك نفسه فيحتمل وجوب القصاص عليه ويحتمل أن لا يجب بحال لأن فعل المجني إنما قصد به المصلحة فهو عمد الخطأ وشريك الخاطىء. لا قصاص عليه ويكون عليه نصف الدية، وإن قطع المجني عليه موضع الأكلة نظرت فإن قطع لحماً ميتاً ثم سرت الجناية فالقصاص على الجاني لأنه سراية جرحه خاصة، وإن كان في لحم حي فمات فالحكم فيه كما لو قطعها خوفاً من سرايتها.

فصل: وإذا قطع أنملة لها طرفان إحداهما زائدة والأخرى أصلية فإن كانت أنملة القاطع ذات طرفين أيضاً أخذت بها، وإن لم تكن ذات طرفين قطعت وعليه حكومة في الزائدة وإن كانت المقطوعة ذات طرف واحد وأنملة القاطع ذات طرفين أخذت بها في قول ابن حامد وعلى قول غيره لا قصاص فيها وله دية أنملته، وإن ذهب الطرف الزائد فله الاستيفاء، وإن قال أنا أصبر حتى يذهب الزائد ثم اقتص فله ذلك لأن القصاص حقه فلا يجبر على تعجيل استيفائه.

فصل: ولو قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملة آخر الوسطى ثم قطع السفلى من ثالث فللأول القصاص من العليا ثم للثاني أن يقتص من الوسطى ثم للثالث أن يقتص من السفلى سواء جاؤوا دفعة واحدة أو واحداً بعد واحد، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا قصاص إلا في العليا لأنه لم يجب في غيرها حال الجناية لتعذر استيفائه فلم يجب بعد ذلك كما لو كان غير مكافىء حال الجناية ثم صار مكافئاً بعده.

ولنا : إن تعذر القصاص لإيصال محله بغيره لا يمنعه إذا زال الاتصال كما لو جنت الحامل ويفارق عدم التكافؤ. لأنه تعذر لمعنى فيه وها هنا تعذر لاتصال غيره به، فأما إن جاء صاحب الوسطى أو السفلى يطلب القصاص قبل صاحب العليا لم يعطه لأن في استيفائه إتلاف أنملة لا يستحقها. وقيل لهما إما أن تصبرا حتى تعلما ما يكون من الأول، فإن اقتص فلكما القصاص وإن عفا فلا قصاص لكما وإما أن ترضيا بالعقل فإذا جاء صاحب العليا فاقتص فللثاني الاقتصاص وحكم الثالث مع الثاني كحكم الثاني مع الأول، وإن عفا فلهما العقل فإن قالا نحن نصبر وننظر بالقصاص أن تسقط العليا بمرض أو نحوه ثم نقتص لم يمنعا من ذلك، وإن قطع صاحب الوسطى الوسطى والعليا فعليه دية العليا تدفع إلى صاحب العليا وإن قطع الأصبع كلها فعليه القصاص في الأنملة الثالثة وعليه أرش العليا للأول وأرش السفلى على الجاني لصاحبها وإن عفا الجاني عن قصاصها وجب أرشها يدفعه إليه ليدفعه إلى المجني عليه.

فصل: وإن قطع إنملة رجل العليا ثم قطع أنملتي آخر العليا والوسطى من تلك الأصبع فللأول قطع العليا لأن حقه أسبق ثم يقطع الثاني الوسطى ويأخذ ارش العليا منه فإن بادر الثاني فقطع الأنملتين فقد استوفى حقه وتعذر استيفاء القصاص للأول وله الأرش على الجاني، وإن كان قطع الأنملتين أولاً قدمنا صاحبهما فقطعها في القصاص للأول وله الآرش على الحاني، وإن بادر صاحبهما فقطعها فقد استوفى حقه وتقطع الوسطى للأول ويأخذ الأرش للعليا، ولو قطع أنملة رجل العليا ولم يكن للقاطع عليا فاستوفى الجاني من الوسطى فإن عفا إلى الدية تقاصا وتساقطا لأن ديتهما واحدة، وإن اختار الجاني القصاص فله ذلك ويدفع أرش العليا ويجيء على قول أبي بكر أن لا يجب القصاص لأن ديتهما واحدة واسم الأنملة يشملها فتساقطا كقوله في إحدى اليدين بدلاً عن الأخرى.

مسألة : قال : (وإذا قتل وله وليان بالغ وطفل أو غائب لم يقتل حتى يقدم الغائب ويبلغ الطفل)

وجملته أن ورثة القتيل إذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقين فإن كان بعضهم غائباً انتظر قدومه ولم يجز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه وإن كان بعضهم صغيراً أو مجنوناً فظاهر مذهب أحمد رحمه الله أنه ليس لغيرهما الاستيفاء حتى يبلغ الصغير ويفيق المجنون، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف وإسحاق ويروى عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله وعن أحمد رواية أخرى : للكبار العقلاء

استيفاؤه، وبه قال حماد ومالك والأوزاعي والليث وأبو حنيفة لأن الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل ابن ملجم قصاصاً وفي الورثة صغار فلم ينكر ذلك، ولأن ولاية القصاص هي استحقاق استيفائه وليس للصغير هذه الولاية.

ولنا: إنه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يجز لأحدهم استيفاؤه استقلالاً كما لو كان بين حاضر وغائب أو أحد بدلي النفس فلم ينفرد به بعضهم كالدية، والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقاً أربعة أمور: **أحدها**: أنه لو كان منفرداً لاستحقه ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفرداً كولاية النكاح. **والثاني**: أنه لو بلغ لاستحق ولو لم يكن مستحقاً عند الموت لم يكن مستحقاً بعده كالرقيق إذا عتق بعد موت أبيه. **والثالث**: أنه لو صار الأمر إلى المال لاستحق ولو لم يكن مستحقاً للقصاص لما استحق بدله كالأجنبي. **والرابع**: أنه لو مات الصغير لاستحقه ورثته ولو لم يكن حقاً لم يرثه كسائر ما لم يستحقه فأما ابن ملجم فقد قيل إنه قتله بكفره لأنه قتل علياً مستحلاً لدمه معتقداً كفره متقرباً بذلك إلى الله تعالى، وقيل قتله لسعيه في الأرض بالفساد وإظهار السلاح فيكون كقاطع الطريق إذا قتل وقتله متحتم وهو إلى الإمام والحسن هو الإمام ولذلك لم ينتظر الغائبين من الورثة ولا خلاف بيننا في وجوب انتظارهم وإن قدر أنه قتله قصاصاً فقد اتفقنا على خلافه فكيف يحتج به بعضنا على بعض.

فصل: وإن كان الوارث واحداً صغيراً كصبي قتلت أمه وليست زوجة لأبيه فالقصاص له وليس لأبيه ولا غيره استيفاؤه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك له استيفاؤه وكذلك الحكم في الوصي والحاكم في الطرف دون النفس وذكر أبو الخطاب في موضع في الأب روايتين وفي موضع وجهين: **أحدهما**: كقولنا لأن القصاص أحد بدلي النفس فكان للأب استيفاؤه كالدية.

ولنا: إنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجته فلا يملك استيفاء القصاص له كالوصي ولأن القصد التشفي ودرك الغيظ ولا يحصل ذلك باستيفاء الولي ويخالف الدية فإن الغرض يحصل باستيفاء الأب له فافترقا ولأن الدية إنما يملك استيفاءها إذا تعينت والقصاص لا يتعين فإنه يجوز العفو إلى الدية والصلح على مال أكثر منها وأقل، والدية بخلاف ذلك.

فصل: وكل موضع وجب تأخير الاستيفاء فإن القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون ويقدم الغائب وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتيل في عصر الصحابة فلم ينكر ذلك وبذل الحسن والحسين وسعيد بن العاص لابن القتيل سبع ديات فلم يقبلها. فإن قيل فلم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين؟ قلنا لأن في تخليته تضييعاً للحق فإنه لا يؤمن هربه والفرق بينه وبين المعسر من وجوه **أحدها**: أن قضاء الدين لا يجب مع الإعسار فلا يحبس بما لا يجب والقصاص ها هنا واجب وإنما تعذر المستوفى. **الثاني**: أن المعسر إذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين فلا يفيد بل يضر من الجانبين وها هنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس **الثالث**: أنه قد استحق قتله، وفيه تفويت نفسه ونفعه فإذا تعذر تفويت نفسه جاز

تفويت نفعه لإمكانه فإن قيل فلم يحبس من أجل الغائب وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مكلفاً رشيداً ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوباً لم يملك انتزاعه؟ قلنا: لأن في القصاص حقاً للميت وللحاكم عليه ولاية ولهذا تنفذ وصاياه من الدية وتقضى ديونه منها فنظيره أن يجد الحاكم من تركة الميت في يد إنسان شيئاً غصباً والوارث غائب فإنه يأخذه ولو كان القصاص في لحي طرفه لم يتعرض لمن هو عليه فإن أقام القاتل كفيلاً بنفسه ليخلي سبيله لم يجز لأن الكفالة لا تصح في القصاص فإن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إن تعذر إحضار المكفول به ولا يمكن استيفاؤه من غير القاتل فلم تصح الكفالة به كالحد ولأن فيه تغريراً بحق المولى عليه فإنه ربما خلى سبيله فهرب فضاع الحق.

فصل: فإن قتله بعض الأولياء بغير إذن الباقين لم يجب عليه قصاص وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولي االشافعي والقول الأخير عليه القصاص لأنه ممنوع من قتله وبعضه غير مستحق له وقد يجب القصاص بإتلاف بعض النفس بدليل ما لو اشترك الجماعة في قتل واحد.

ولنا: إنه مشارك في استحقاق القتل فلم يجب عليه القصاص كما لو كان مشاركاً في ملك الجارية ووطئها ولأنه محل يملك بعضه فلم تجب العقوبة المقدرة باستيفائه كالأصل ويفارق إذا قتل الجماعة واحداً فإنا لا نوجب القصاص بقتل بعض النفس وإنما نجعل كل واحد منهم قاتلاً لجميعها وإن سلمنا وجوبه عليه لقتله بعض النفس فمن شرطه المشاركة لمن فعله كفعله في العمد والعدوان ولا يتحقق ها هنا.

إذا ثبت هذا فإن للولي الذي لم يقتل قسطه من الدية لأنه حقه من القصاص سقط بغير اختياره فأشبه ما لو مات القاتل أو عفا بعض الأولياء، وهل يجب ذلك على قاتل الجاني أو في تركة الجاني؟ فيه وجهان وللشافعي قولان:

أحدهما: يرجع على قاتل الجاني لأنه أتلف محل حقه فكان الرجوع عليه بعوض نصيبه كما لو كانت له وديعة فأتلفها. والثاني: يرجع في تركة الجاني كما لو أتلفه أجنبي أو عفا شريكه عن القصاص. وقولنا أتلف محل حقه يبطل بما إذا أتلف مستأجره أو غريمه أو امرأته أو كان المتلف أجنبياً ويفارق الوديعة فإنها مملوكة لهما فوجب عوض ملكه أما الجاني فليس بمملوك للمجني عليه وإنما له عليه حق فأشبه ما لو قتل غريمه، فعلى هذا يرجع ورثة الجاني على قاتله بدية مورثهم إلا قدر حقه منها. فعلى هذا لو كان الجاني أقل دية من قاتله مثل امرأة قتلت رجلاً له ابنان فقتلها أحدهما بغير إذن الآخر فللآخر نصف دية أبيه في تركة المرأة التي قتلته ويرجع ورثتها بنصف ديتها على قاتلها وهو ربع دية الرجل.

وعلى الوجه الأول يرجع الابن الذي لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة لأنه لم يفوت على أخيه إلا نصف المرأة ولا يمكن أن يرجع على ورثة المرأة بشيء لأن أخاه الذي قتلها أتلف جميع الحق. وهذا يدل على ضعف هذا الوجه. ومن فوائده أيضاً صحة إبراء من حكمنا بالرجوع عليه وملك مطالبته فإن قلنا يرجع على ورثة الجاني صح إبراؤهم وملكوا الرجوع على قاتل

موروثهم بقسط أخيه العافي وإن قلنا يرجع على تركة الجاني وله تركة فله الأخذ منها سواء أمكن ورثته أن يستوفوا من الشريك أو لم يمكنهم وإن قلنا يرجع على شريكه لم يكن له مطالبة ورثة الجاني سواء كان شريكه موسراً أو معسراً.

مسألة: قال: (ومن عفا من ورثة المقتول عن القصاص لم يكن إلى القصاص سبيل وإن كان العافي زوجاً أو زوجة)

أجمع أهل العلم على إجازة العفو عن القصاص وأنه أفضل والأصل فيه الكتاب والسنة أما الكتاب فقول الله تعالى في سياق قوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾ ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ١٧٨] وقال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] إلى قوله ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ﴾ [المائدة: ٤٥] قيل في تفسيره فهو كفارة للجاني يعفو صاحب الحق عنه. وقيل فهو كفارة للعافي بصدقته. وأما السنة فإن أنس بن مالك قال: «ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو» رواه أبو داود. وفي حديثه في قصة الربيع بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبي ﷺ بالقصاص فعفا القوم.

إذا ثبت هذا فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوي الأنساب والأسباب والرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوه وسقط القصاص ولم يبق لأحد إليه سبيل. وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وأبو حنيفة والشافعي، وروي معنى ذلك عن عمر وطاوس والشعبي وقال الحسن وقتادة والزهري وابن شبرمة والليث والأوزاعي. ليس للنساء عفو، والمشهور عن مالك أنه موروث للعصبات خاصة وهو وجه لأصحاب الشافعي لأنه ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح ولهم وجه ثالث أنه لذوي الأنساب دون الزوجين لقول النبي ﷺ: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يقتلوا أو يأخذوا العقل» وأهله ذوو رحمه.

وذهب بعض أهل المدينة إلى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء، وقيل هو رواية عن مالك لأن حق غير العافي لا يرضى بإسقاطه وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد.

ولنا: عموم قوله عليه السلام: «فأهله بين خيرتين» وهذا عام في جميع أهله والمرأة من أهله بدليل قول النبي ﷺ: «من يعذرني من رجل يبلغني أذاه في أهلي وما علمت على أهلي إلا خيراً، ولقد ذكروا رجلاً ما علمت عليه إلا خيراً وما كان يدخل على أهلي إلا معي» يريد عائشة. وقال له أسامة يا رسول الله أهلك ولا نعلم إلا خيراً. وروى زيد بن وهب: «أن عمر أتي برجل قتل قتيلاً فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت امرأة المقتول وهي أخت القاتل قد عفوت عن حقي، فقال عمر الله أكبر عتق القتيل رواه أبو داود، وفي رواية عن زيد قال: دخل رجل

على امرأته فوجد عندها رجلاً فقتلها فاستعدى إخوتها عمر فقال بعض إخوتها قد تصدقت فقضى لسائرهم بالدية.

وروى قتادة أن عمر رفع إليه رجل قتل رجلاً فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم فقال عمر لابن مسعود ما تقول؟ قال إنه قد أحرز من القتل فضرب على كتفه وقال كيف ملىء علماً والدليل على أن القصاص لجميع الورثة ما ذكرناه في مسألة القصاص بين الصغير والكبير، ولأن من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة فإذا عفا بعضهم صح عفوه كعفوه عن سائر حقوقه وزوال الزوجية لا يمنع استحقاق القصاص كما لم يمنع استحقاق الدية وسائر حقوقه الموروثة، ومتى ثبت أنه حق مشترك بين جميعهم سقط بإسقاط من كان من أهل الإسقاط منهم لأن حقه منه له فينفذ تصرفه فيه فإذا سقط سقط جميعه لأنه مما لا يتبعض كالطلاق والعتاق ولأن القصاص حق مشترك بينهم لا يتبعض مبناه على الدرء والإسقاط فإذا أسقط بعضهم سرى إلى الباقي كالعتق والمرأة أحد المستحقين فسقط بإسقاطها كالرجل، ومتى عفا أحدهم فللباقين حقهم من الدية سواء عفا مطلقاً أو إلى الدية وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا أعلم لهما مخالفاً ممن قال بسقوط القصاص وذلك لأن حقه من القصاص سقط بغير رضاه فثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه أو مات ولما ذكرنا من خبر عمر رضي الله عنه.

فصل: فإن قتله الشريك الذي لم يعف عالماً بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعليه القصاص سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم وبهذا قال أبو حنيفة وأبو ثور وهو الظاهر من مذهب الشافعي وقيل له قول آخر لا يجب القصاص لأن له فيه شبهة لوقوع الخلاف.

ولنا: إنه قتل معصوماً مكافئاً له عمداً يعلم أنه لا حق له فيه فوجب عليه القصاص كما لو حكم العفو حاكم والاختلاف لا يسقط القصاص فإنه لو قتل مسلماً بكافر قتلناه به مع الاختلاف في قتله، وأما إن قتله قبل العلم بالعفو فلا قصاص عليه، وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه عليه القصاص لأنه قتل عمد عدوان لمن لا حق له في قتله.

ولنا: إنه قتله معتقداً ثبوت حقه فيه مع أن الأصل بقاؤه فلم يلزمه قصاص كالوكيل إذا قتل بعد عفو الموكل قبل علمه بعفوه ولا فرق بين أن يكون الحاكم قد حكم بالعفو أو لم يحكم به لأن الشبهة موجودة مع انتفاء العلم معدومة عند وجوده، وقال الشافعي متى قتله بعد حكم الحاكم لزمه القصاص علم بالعفو أو لم يعلم وقد بينا الفرق بينهما، ومتى حكمنا عليه بوجوب الدية إما لكونه معذوراً وإما للعفو عن القصاص فإنه يسقط عنه منها ما قابل حقه على القاتل قصاصاً ويجب عليه الباقي فإن كان الولي عفا إلى غير مال فالواجب لورثة القاتل ولا شيء عليهم وإن كان عفا إلى الدية فالواجب لورثة القاتل وعليهم نصيب العافي من الدية، وقيل فيه إن حق العافي من الدية على القاتل لا يصح لأن الحق لم يبق متعلقاً بعينه وإنما الدية واجبة في ذمته فلم تنتقل إلى القاتل كما لو قتل غريمه.

فصل: فإن كان القاتل هو العافي فعليه القصاص سواء عفا مطلقاً أو إلى مال وبهذا قال عكرمة والثوري ومالك والشافعي وابن المنذر وروي عن الحسن تؤخذ منه الدية ولا يقتل. وقال عمر بن عبد العزيز الحكم فيه إلى السلطان.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] قال ابن عباس وعطاء والحسن وقتادة في تفسيرها أي بعد أخذه الدية. وعن الحسن عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لا أعفي من قتل بعد أخذه الدية» ولأنه قتل معصوماً مكافئاً فوجب عليه القصاص كما لو لم يكن قتل.

فصل: وإذا عفا عن القاتل مطلقاً صح ولم تلزمه عقوبة وبهذا قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر وأبو ثور، وقال مالك والليث والأوزاعي يضرب ويحبس سنة.

ولنا: إنه إنما كان عليه حق واحد وقد أسقطه مستحقه فلم يجب عليه شيء آخر كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ.

فصل: وإذا وكل من يستوفي القصاص صح توكيله نص عليه أحمد رحمه الله، فإن وكله ثم غاب وعفا عن القصاص واستوفى الوكيل نظرنا فإن كان عفوه بعد القتل لم يصح لأن حقه قد استوفي وإن كان قتله وقد علم الوكيل به فقد قتله ظلماً فعليه القود كما لو قتله ابتداء. وإن قتله قبل العلم بعفو الموكل فقال أبو بكر لا ضمان على الوكيل لأنه لا تفريط منه فإن العفو حصل على وجه لا يمكن الوكيل استدراكه فلم يلزمه ضمان كما لو عفا بعد ما رماه. وهل يلزم الموكل الضمان؟ فيه قولان: **أحدهما**: لا ضمان عليه لأن عفوه غير صحيح لما ذكرنا من حصوله في حال لا يمكنه استدراك الفعل فوقع القتل مستحقاً له فلم يلزمه ضمان ولأن العفو إحسان فلا يقتضي وجوب الضمان. **والثاني**: عليه الضمان لأن قتل المعفو عنه حصل بأمره وتسليطه على وجه لا ذنب للمباشر فيه فكان الضمان على الآمر كما لو أمر عبده الأعجمي بقتل معصوم.

وقال غير أبي بكر في صحة العفو وجهان بناء على الروايتين في الوكيل هل ينعزل بعزل الموكل أو لا؟ وللشافعي قولان كالوجهين. فإن قلنا لا يصح العفو فلا ضمان على أحد لأنه قتل من يجب قتله بأمر يستحقه. وإن قلنا يصح العفو فلا قصاص فيه لأن الوكيل قتل من يعتقد إباحة قتله بسبب هو معذور فيه فأشبه ما لو قتل في دار الحرب من يعتقده حربياً. وتجب الدية على الوكيل لأنه لو علم لوجب عليه القصاص فإذا لم يعلم تعلق به الضمان كما لو قتل مرتداً قد أسلم قبل علمه بإسلامه ويرجع بها على الموكل لأنه غره بتسليطه على القتل بتفريطه في ترك إعلامه بالعفو فيرجع عليه كالغار في النكاح بحرية أمة أو تزوج معيبة. ويحتمل أن لا يرجع عليه لأن العفو إحسان منه فلا يقتضي الرجوع عليه فعلى هذا تكون الدية على عاقلة الوكيل وهذا اختيار أبي الخطاب لأن هذا جرى مجرى الخطأ فأشبه ما لو قتل في دار الحرب مسلماً يعتقده حربياً.

وقال القاضي: هو في مال الوكيل لأنه عن عمد محض وهـذا لا يصح لأنـه لو كـان عمداً محضـاً لأوجب القصاص، ولأنـه يشترط في العمـد المحض أن يكون عـالماً بحـال المحل وكـونه معصوماً ولم يوجد هذا، وإن قال هو عمد الخـطأ فعمد الخـطأ تحمله العاقلة ذكـره الخرقي ودل عليـه خبر المـرأة التي قتلت جاريتهـا وجنينها بمسطح فقضى النبي ﷺ بالـديـة عـلى عـاقلتهـا، واختلف أصحاب الشافعي على هذين الوجهين فعلى قول القاضي إن كان الموكل عفا إلى الديـة فله الدية في تركة الجاني ولورثة الجاني مطالبة الوكيل بديته وليس للموكل مطالبة الوكيل بشيء، فـإن قيل فقـد قلتم فيما إذا كـان القصاص لأخـوين فقتله أحدهمـا فعليه نصف الـدية ولأخيـه مطالبته به في وجه. قلنا ثم أتلف حقه فرجع ببدله عليه وها هنـا أتلفه بعـد سقوط حق المـوكل عنه فافترقا، وإن قلنا إن الوكيل يرجع على الموكل احتمل أن تسقط الديتان لأنه لا فـائدة في أن يأخذها الورثة من الوكيل ثم يدفعوها إلى الموكل ثم يردها الموكل إلى الوكيل فيكون تكليفاً لكل واحد منهم بغير فائدة، ويحتمل أن يجب ذلك لأن الدية الواجبة في ذمة الوكيـل لغير من الـوكيل الرجوع عليه وإنما تتساقط الديتان إذا كان لكل واحد من الغريمين على صاحبـه مثل ما له عليه ولأنه قد تكون الديتان مختلفتين بأن يكون أحد المقتولين رجلاً والآخـر امرأة، فعـلى هذا يـأخذ ورثة الجاني ديته من الوكيل ويدفعون إلى الموكل دية وليه ثم يرد الموكل إلى الوكيل قدر ما غرمه، وإن أحال ورثة الجاني الموكل على الوكيل بـدية وليهم صـح، فإن كـان الجاني أقـل دية مثـل أن تكون امرأة قتلت رجلاً فقتلها الوكيل فلورثتها إحالة الموكل بديتها لأنه القدر الواجب لهم عـلى الوكيل فيسقط عن الوكيل والموكل جميعاً ويرجع الموكل على ورثتهـا بنصف دية وليـه، وإن كان الجاني رجلاً قتل امرأة فقتله الوكيل فلورثة الجاني إحالة الموكل بدية المرأة لأن الموكـل لا يستحق عليهم أكثر من ديتها ويطالبون الوكيل بنصف دية الجاني ثم يرجع به على الموكل.

فصـل: وإذا جني عـلى الإنسـان فيـما دون النفس جنـايـة تـوجب القصـاص فعفـا عن القصاص ثـم سرت الجناية إلى نفسه فمات لم يجب القصاص وبهـذا قال أبـو حنيفة والشـافعي، وحكي عن مالك أن القصاص واجب لأن الجناية صارت نفساً ولم يعف عنها.

ولنا: إنه يتعذر استيفاء القصاص في النفس دون ما عفا عنه فسقط في النفس كما لو عفـا بعض الأولياء، ولأن الجناية إذا لم يكن فيها قصاص مع إمكـانه لم يجب في سرايتهـا كما لـو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات منها نظرنا فإن كان عفا على مال فله الدية كـاملة. وإن عفا عـلى غير مال وجبت الدية إلا أرش الجراح الـذي عفا عنـه وبهذا قـال الشافعي، وقـال أبو حنيفـة تجب الدية كاملة لأن الجنايـة صارت نفسـاً وحقه في النفس لا فيـما عفا عنـه، وإنما سقط القصـاص للشبهة، وإن قال عفوت عن الجناية لم يجب شيء لأن الجناية لا تختص بالقـطع، وقال القـاضي فيما إذا عفا عن القطع: ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شيء وبه قال أبو يوسف ومحمـد لأنه قـطع غير مضمون فكذلك سرايته.

ولنا: إنها سراية جناية أوجبت الضمان فكانت مضمونة كما لو لم يعف وإنما سقطت ديتهـا بعفوه عنها فيختص السقوط بما عفا عنه دون غيره والمعفو عنه نصف الديـة لأن الجنايـة أوجبت

نصف الدية فإذا عفا سقط ما وجب دون ما لم يجب فإذا صارت نفساً وجب بالسراية نصف الدية ولم يسقط أرش الجرح فيما إذا لم يعف وإنما تكلمت الدية بالسراية.

فصل: فإن كان الجرح لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فعفا عن القصاص فيه ثم سرى إلى النفس فلوليه القصاص لأن القصاص لم يجب في الجرح فلم يصح العفو عنه وإنما وجب القصاص بعد عفوه وله العفو عن القصاص وله كمال الدية. وإن عفا عن دية الجرح صح وله بعد السراية دية النفس إلا أرش الجرح ولا يمتنع وجوب القصاص في النفس مع أنه لا يجب كمال الدية بالعفو عنه كما لو قطع يداً فاندملت واقتص منها ثم انتقضت وسرت إلى النفس فله القصاص في النفس وليس له العفو إلا على نصف الدية، وإن قطع يده من نصف الساعد فعفا عن القصاص، ثم سرى فعلى قول أبي بكر لا يسقط القصاص في النفس، لأن القصاص لم يجب فهو كالجائفة، ومن جوز له القصاص من الكوع أسقط القصاص في النفس، كما لو كان القطع من الكوع، وقال المزني: لا يصح العفو عن دية الجرح قبل اندماله فلو قطع يداً فعفا عن ديتها وقصاصها، ثم اندملت لم تسقط ديتها، وسقط قصاصها لأن القصاص قد وجب فيها، فصح العفو عنه بخلاف الدية وليس بصحيح، لأن دية الجرح إنما وجبت بالجناية إذ هي السبب، ولهذا لو جنى على طرف عبد ثم باعه قبل موته كان أرش الطرف لبائعه لا لمشتريه، وتأخير المطالبة به لا يلزم منه عدم الوجوب، وامتناع صحة العفو كالدين المؤجل لا تملك المطالبة به، ويصح العفو عنه كذا ها هنا.

فصل: فإن قطع يده فعفا عنه، ثم عاد الجاني فقتله فلوليه القصاص وهذا ظاهر مذهب الشافعي، قال بعضهم: لا قصاص. لأن العفو حصل عن بعضه، فلا يقتل به، كما لو سرى القطع إلى نفسه.

ولنا: إن القتل انفرد عن القطع، فعفوه عن القطع لا يمنع ما يلزم بالقتل كما لو كان القاطع غيره، وإن اختار الدية فقال القاضي: إن كان العفو عن الطرف إلى غير دية فله بالقتل نصف الدية، وهو ظاهر مذهب الشافعي، ولأن القتل إذا تعقب الجناية قبل الاندمال كان كالسراية. ولذلك لو لم يعف لم يجب أكثر من دية، والقطع يدخل في القتل في الدية دون القصاص، ولذلك لو أراد القصاص كان له أن يقطع ثم يقتل، ولو صار الأمر إلى الدية لم يجب إلا دية واحدة وقال أبو الخطاب: له العفو إلى دية كاملة، وهو قول بعض أصحاب الشافعي، لأن القطع منفرد عن القطع، فلم يدخل حكم أحدهما في الآخر، كما لو اندمل، ولأن القتل موجب للقتل فأوجب الدية كاملة كما لو لم يتقدمه عفو وفارق السراية فإنها لم توجب قتلاً، ولأن السراية عفي عن سببها والقتل لم يعف عن شيء منه، ولا عن سببه، وسواء فيما ذكرنا كان العافي عن الجرح أخذ دية طرفه أو لم يأخذها.

فصل: وإن قطع أصبعاً فعفا المجني عليه عن القصاص، ثم سرت الجناية إلى الكف، ثم اندمل الجرح لم يجب القصاص لما ذكرنا في النفس، ولأن القصاص سقط في الأصبع بالعفو

فصارت اليد ناقصة لا تؤخذ بها الكاملة، ثم إن كان العفو إلى الدية وجبت الدية كلها، وإن كان على غير مال خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا فيما إذا قطع يداً فعفا المجني عليه، ثم سرى إلى نفسه، فعلى هذا تجب ها هنا دية الكف لا دية الأصبع. ذكره أبو الخطاب، وهو مذهب الشافعي وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد أن لا يجب شيء، وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها وقد قال القاضي: إن القياس فيما إذا قطع اليد، ثم سرى إلى النفس أن يجب نصف الدية فيلزمه أن يقول مثل ذلك ها هنا.

فصل: فإن قال: عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح عفوه ولم يكن له في سرايتها قصاص ولا دية في ظاهر كلام أحمد، وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه: مالك وطاوس والحسن وقتادة والأوزاعي وقال أصحاب الشافعي: إذا قال: عفوت عن الجناية، وما يحدث منها ففيه قولان: **أحدهما**: أنه وصية فيبني على الوصية للقاتل، وفيه قولان: **أحدهما**: لا يصح فتجب دية النفس إلا دية الجرح. **والثاني**: يصح فإن خرجت من الثلث سقط وإلا سقط منها ما خرج من الثلث، ووجب الباقي. **والقول الثاني**: ليس بوصية لأنه إسقاط في الحياة فلا يصح، وتلزمه دية النفس إلا دية الجرح.

ولنا: إنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يخرج من الثلث أو لم يخرج، لأن موجب العمد القود في إحدى الروايتين، أو أحد شيئين في الرواية الأخرى فما تعينت الدية ولا تعينت الوصية بمال، ولذلك صح العفو من المفلس إلى غير مال، وأما جناية الخطأ فإذا عفا عنها وعما يحدث منها اعتبر خروجها من الثلث، سواء عفا بلفظ العفو أو الوصية أو الإبراء أو غيرها، فإن خرجت من الثلث صح عفوه في الجميع، وإن لم تخرج من الثلث سقط عنه من ديتها ما احتمله الثلث وبهذا قال مالك والثوري وأصحاب الرأي ونحوه قال عمر بن عبد العزيز والأوزاعي وإسحاق، لأن الوصية ها هنا بمال.

فصل: فإن اختلف الجاني والولي أو المجني عليه. فقال الجاني: عفوت مطلقاً، وقال المجني عليه: بل عفوت إلى مال، أو قال: عفوت عن الجناية وما يحدث منها، قال: بل عفوت عنها دون ما يحدث منها، فالقول قول المجني عليه أو وليه إن كان الخلاف معه، لأن الأصل عدم العفو عن الجميع، وقد ثبت العفو عن البعض بإقراره فيكون القول في عدم سقوطه قوله.

مسألة: قال: (وإذا اشترك الجماعة في القتل فأحب الأولياء أن يقتلوا الجميع فلهم ذلك، وإن أحبوا أن يقتلوا البعض ويعفوا عن البعض، ويأخذوا الدية من الباقين فلهم ذلك)

أما قتلهم للجميع فقد ذكرنا فيما مضى، وأما إن أحبوا قتل البعض فلهم ذلك لأن كل من لهم قتله فلهم العفو عنه كالمنفرد، ولا يسقط القصاص عن البعض بعفو البعض لأنهما شخصان فلا يسقط القصاص عن أحدهما بإسقاطه عن الآخر كما لو قتل كل واحد رجلاً، وأما

إذا اختاروا أخذ الدية من القاتل أو من بعض القتلة، فإن لهم هذا من غير رضا الجاني، وبهذا قال سعيد بن المسيب وابن سيرين والشافعي وعطاء ومجاهد وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر. وقال النخعي ومالك وأبو حنيفة: ليس للأولياء إلا القتل، إلا أن يصطلحا على الدية برضا الجاني وعن مالك رواية أخرى كقولنا، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ﴾ [البقرة: ١٧٨] والمكتوب لا يتخير فيه، ولأنه متلف يجب به البدل فكان بدله معيناً كسائر أبدال المتلفات.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ١٧٨] قال ابن عباس كان في بني إسرائيل القصاص، ولم يكن فيهم الدية فأنزل الله تعالى هذه الآية: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨] ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] فالعفو أن تقبل في العمد الدية ﴿فَٱتِّبَاعٌ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨] يتبع الطالب بالمعروف ويؤدي إليه المغلوب ﴿بِإِحْسَانٍ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾ مما كتب على من قبلكم. رواه البخاري.

وروى أبو هريرة قال: «قام رسول الله ﷺ فقال: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى وإما يقاد» متفق عليه.

وروى أبو شريح: أن النبي ﷺ قال: «ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل، وأنا والله عاقله؛ فمن قتل بعده قتيلاً فأهله بين خيرتين: إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية» رواه أبو داود وغيره. ولأن القتل المضمون إذا سقط فيه القصاص من غير إبراء ثبت المال، كما لو عفا بعض الورثة، ويخالف سائر المتلفات لأن بدلها يجب من جنسها، وها هنا يجب في الخطأ وعمد الخطأ من غير الجنس، فإذا رضي في العمد ببدل الخطأ كان له ذلك لأنه أسقط بعض حقه ولأن القاتل أمكنه إحياء نفسه ببذل الدية فلزمه وينتقض ما ذكروه بما إذا كان رأس الشاج أصغر، أو يد القاطع أنقص فإنهم سلموا فيهما.

فصل: واختلفت الرواية في موجب العمد فروي عن أحمد رحمه الله أن موجبه القصاص عيناً لقوله عليه السلام: «من قتل عمداً فهو قود» ولما ذكروه في دليلهم، وروي أن موجبه أحد شيئين القصاص أو الدية لما ذكرناه قبل هذا ولأن الدية أحد بدلي النفس فكانت بدلاً عنها لا عن بدلها كالقصاص، وأما الخبر فالمراد به وجوب القود، ونحن نقول به، ويخالف القتل سائر المتلفات، لأن بدلها لا يختلف بالقصد وعدمه والقتل بخلافه، وللشافعي قولان كالروايتين، فإذا قلنا: موجبه القصاص عيناً فله العفو إلى الدية والعفو مطلقاً فإذا عفا مطلقاً لم يجب شيء، وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال بعضهم: تجب الدية لئلا يطل الدم وليس بشيء لأنه لو عفا عن الدية بعد وجوبها صح عفوه، وإن عفا عن القصاص بغير مال لم يجب شيء. فأما إن عفا عن الدية لم يصح عفوه، لأنها لم تجب، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين لا بعينه فعفا عن القصاص مطلقاً أو إلى الدية وجبت الدية لأن الواجب غير معين، فإذا ترك

أحدهما وجب الآخر، وإن اختار الدية سقط القصاص، وإن اختار القصاص تعين وهل له بعد ذلك العفو على الدية؟ قال القاضي له ذلك، لأن القصاص أعلى فكان لـه الانتقال إلى الأدنى، ويكون بدلاً عن القصاص. وليست التي وجبت بالقتـل كما قلنـا في الروايـة الأولى أن الواجب القصاص عيناً، وله العفو إلى الدية، ويحتمل أنه ليس له ذلك. لأنه أسقطها باختيـاره القود فلم يعد إليها.

فصل: وإذا جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص فاشتراه المجني عليه بأرش الجنايـة سقط القصـاص لأن عدوله إلى الشراء اختيار للمال ولا يصـح الشراء لأنهما إن لم يعـرفـا قـدر الأرش فالثمن مجهول وإن عرفا عدد الإبل وأسنـانها فصفتها مجهـولة والجهـل بالصفـة كالجهـل بالذات في فساد البيع. ولذلك لو باعه شيئاً يحمل جذع غير معروف الصفة لم يصح، وإن قـدر الأرش بذهب أو فضة وباعه به صح.

فصل: إذا وجب القصاص لصغير لم يجز لـوليه العفـو إلى غير مـال لأنه لا يملك إسقـاط حقه، وإن أحب العفو إلى مال وللصبي كفاية من غيره لم يجز لأن فيه تفويت حقه من غير حاجة فإن كان فقيراً محتاجاً ففيه وجهان:

أحدهما: له ذلك لحاجته إلى المال لحفظه قال القاضي هذا أصح. **والثاني**: لا يجوز لأنه لا يملك إسقاط قصاصه وأما حاجته فإن نفقته في بيت المال والصحيح الأول فإن وجوب النفقة في بيت المال لا يغنيه إذا لم يحصل فأما إن كان مستحق القصاص مجنوناً فقيراً فلوليه العفو على المال لأنه ليس حالة معتادة ينتظر فيها رجوع عقله.

فصل: ويصح عفـو المفلس والمحجور عليـه لسفه عن القصـاص لأنه ليس بمـال، وإن أراد المفلس القصاص لم يكن لغرمائه إجباره على تركه. وإن أحب العفو عنه إلى مـال فله ذلك لأن فيه حظاً للغرماء، وإن أراد العفو على مال، انبنى على الروايتين إن قلنا الواجب القصـاص فله ذلك لأنه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء، وإن قلنا الـواجب أحد شيئـين لم يملك لأن المال يجب بقوله عفوت عن القصاص فقوله على غير مال إسقاط له بعد وجوبه وتعيينه ولا يملك ذلك وهكذا الحكم في السفيه ووارث المفلس وإن عفا المريض على غـير مال فـذكر القـاضي في مـوضع: أنـه يصح سـواء خرج من الثلث أو لم يخـرج وذكر أن أحمـد نص على هـذا، وقال في موضع يعتبر خروجه من ثلثه ولعله ينبني على الروايتين في موجب العمد على ما مضى.

فصل: وإذا قتل من لا وارث لـه فالأمـر إلى السلطان، فإن أحب القصـاص فله ذلك، وإن أحب العفو على مال فله ذلك، وإن أحب العفو إلى غير مـال لم يملكه لأن ذلـك للمسلمين ولا حظ لهم في هـذا، وهذا قـول أصحاب الـرأي إلا أنهم لا يرون العفـو على مـال إلا برضـا الجاني.

فصل: وإذا اشترك الجماعة في القتـل فعفي عنهم إلى الديـة فعليهم دية واحـدة وإن عفا عن بعضهم فعلى المعفو عنه قسطه من الدية لأن الدية بدل المحل وهو واحد فتكون ديته واحدة

سواء أتلفه واحد أو جماعة. وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى: أن على كل واحدة دية كاملة لأن له قتل كل واحد منهم فكان على كل واحد منهم دية نفس كاملة كما لو قلع الأعور عين صحيح فإنه تجب عليه دية عينه وهو دية كاملة. والصحيح الأول لأن الواجب بدل المتلف فلا يختلف المتلف ولذلك لو قتل عبد قيمته ألفان حراً لم يملك العفو على أكثر من الدية. وأما القصاص فإنه عقوبة على الفعل فيتعدد بتعدده.

مسألة: قال: (وإن قتل من للأولياء أن يقيدوا به فبذل القاتل أكثر من الدية على أن لا يقاد فللأولياء قبول ذلك)

وجملته: أن من له القصاص له أن يصالح عنه بأكثر من الدية وبقدرها وأقل منها لا أعلم فيه خلافاً لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ: «من قتل عمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا أخذوا الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة. وما صولحوا عليه فهو لهم وذلك لتشديد القتل» رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وروينا: «أن هدبة بن خشرم قتل قتيلاً فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله» ولأنه عوض عن غير مال فجاز الصلح عنه بما اتفقوا عليه كالصداق وعوض الخلع ولأنه صلح عما لا يجري فيه الربا فأشبه الصلح عن العروض.

مسألة: قال: (وإذا أمسك رجلاً وقتله آخر قتل القاتل وحبس الماسك حتى يموت)

يقال أمسك ومسك ومسّك وقد جمع الخرقي بين اللغتين فقال: إذا أمسك وحبس الماسك وهو اسم الفاعل من مسك مخففاً ولا خلاف في أن القاتل يقتل. لأنه قتل من يكافئه عمداً بغير حق. وأما الممسك فإن لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شيء عليه لأنه متسبب والقاتل مباشر فسقط حكم المتسبب به وإن أمسكه له ليقتله مثل أن ضبطه له حتى ذبحه له فاختلفت الرواية فيه عن أحمد فروي عنه أنه يحبس حتى يموت. وهذا قول عطاء وربيعة وروي ذلك عن علي وروي عن أحمد أنه يقتل أيضاً، وهو قول مالك. قال سليمان بن أبي موسى: الاجتماع فينا أن يقتل لأنه لو لم يمسكه ما قدر على قتله وبإمساكه تمكن من قتله فالقتل حاصل بفعلهما فيكونان شريكين فيه فيجب عليهما القصاص كما لو جرحاه. وقال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يعاقب ويأثم ولا يقتل لأن النبي ﷺ قال: إن أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله» والممسك غير قاتل ولأن الإمساك سبب غير ملجىء فإذا اجتمعت معه المباشرة كان الضمان على المباشر كما لو لم يعلم الممسك أنه يقتله.

ولنا: ما روى الدارقطني بإسناده عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك» ولأنه حبسه إلى الموت فيحبس الآخر إلى الموت كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فإننا نفعل به ذلك حتى يموت.

فصل: وإن اتبع رجلاً ليقتله فهرب منه فأدركه آخر فقطع رجله ثم أدركه الثاني فقتله نظرت فإن كان قصد الأول حبسه بالقطع ليقتله الثاني فعليه القصاص في القطع وحكمه في القصاص في النفس حكم الممسك لأنه حبسه على القتل وإن لم يقصد حبسه فعليه القطع دون القتل كالذي أمسكه غير عالم. وفيه وجه حر ليس عليه إلا القطع بكل حال والأول أصح لأنه الحابس له بفعله فأشبه الحابس بإمساكه.

فإن قيل لم اعتبرتم قصد الإمساك ها هنا وأنتم لا تعتبرون إرادة القتل في الخارج؟

قلنا: إذا مات من الجرح فقد مات من سرايته وأثره فنعتبر قصد الجرح الذي هو السبب دون قصد الأثر وفي مسألتنا إنما كان موته بأمر غير السراية والفعل ممكن له عليه فاعتبر قصده لذلك الفعل كما لو أمسكه.

مسألة: قال: (ومن أمر عبده أن يقتل رجلاً وكان العبد أعجمياً لا يعلم أن القتل محرم قتل السيد وإن كان يعلم خطر القتل قتل العبد وأدب السيد)

إنما ذكر الخرقي كونه أعجمياً وهو الذي لا يفصح ليتحقق منه الجهل. وإنما يكون الجهل في حق من نشأ في غير بلاد الإسلام. فأما من أقام في بلاد الإسلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ولا يعذر في فعله، ومتى كان العبد يعلم تحريم القتل فالقصاص عليه ويؤدب سيده لأمره بما أفضى إلى القتل بما يراه الإمام من الحبس والتعزير وإن كان غير عالم بخطره فالقصاص على سيده ويؤدب العبد قال أحمد يضرب ويؤدب. ونقل عنه أبو طالب قال: يقتل الولي ويحبس العبد حتى يموت لأن العبد سوط المولى وسيفه كذا قال علي وأبو هريرة وقال علي رضي الله عنه يستودع السجن. وممن قال بهذه الجملة الشافعي وممن قال إن السيد يقتل علي وأبو هريرة وقال قتادة: يقتلان جميعاً وقال سليمان بن موسى لا يقتل الآمر ولكن يديه ويعاقب ويحبس لأنه لم يباشر القتل ولا ألجأ إليه فلم يجب عليه قصاص كما لو علم العبد خطر القتل.

ولنا: إن العبد إذا كان غير عالم بخطر القتل فهو معتقد إباحته وذلك شبهة تمنع القصاص كما لو اعتقده صيداً فرماه فبان إنساناً. ولأن حكمة القصاص الردع والزجر ولا يحصل ذلك في معتقد الإباحة وإذا لم يجب عليه وجب على السيد لأنه آلة له لا يمكن إيجاب القصاص عليه فوجب على المتسبب به كما لو أنهشه حية أو كلباً أو ألقاه في زبية أسد فأكله ويفارق هذا ما إذا علم خطر القتل فإن القصاص على العبد لإمكان إيجابه عليه وهو مباشر له فانقطع حكم الأمر كالدافع مع الحافر ويكون على السيد الأدب لتعديه بالتسبب إلى القتل.

فصل: ولو أمر صبياً لا يميز أو مجنوناً أو أعجمياً لا يعلم خطر القتل فقتل فالحكم فيه كالحكم في العبد يقتل الآمر دون المباشر ولو أمره بزنا أو سرقة لم يجب الحد على الآمر لأن الحد لا يجب إلا على المباشر والقصاص يجب بالتسبب ولذلك وجب على المكره والشهود في القصاص.

فصل: ولو أمر السلطان رجلاً فقتل آخر فإن كان القاتل يعلم أنه لا يستحق قتله فالقصاص عليه دون الآمر لأنه غير معذور في فعله فإن النبي ﷺ قال: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق» وعنه عليه السلام أنه قال: «من أمركم من الولاة بغير طاعة الله تعالى فلا تطيعوه» فلزمه القصاص كما لو أمره غير السلطان فإن لم يعلم ذلك فالقصاص على الآمر دون المأمور لأن المأمور معذور لوجوب طاعة الإمام فيما ليس بمعصية والظاهر أنه لا يأمر إلا بالحق وإن أمره غير السلطان من الرعية بالقتل فقتل فالقود على المأمور بكل حال علم أو لم يعلم لأنه لا يلزمه طاعته وليس له القتل بحال بخلاف السلطان فإن إليه القتل للردة والزنا وقطع الطريق إذا قتل القاطع ويستوفي القصاص للناس وهذا ليس إليه شيء من ذلك وإن أكرهه السلطان على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فالقصاص عليهما وإن وجبت الدية كانت عليهما فإن كان الإمام يعتقد جواز القتل دون المأمور كمسلم قتل ذمياً أو حر قتل عبداً فقتله فقال القاضي: الضمان عليه دون الإمام لأن الإمام أمره بما أدى اجتهاده إليه والمأمور لا يعتقد جوازه فلم يكن له أن يقبل أمره. فإذا قتله لزمه الضمان لأنه قتل من لا يحل له قتله وينبغي أن يفرق بين العامي والمجتهد فإن كان مجتهداً فالحكم فيه على ما ذكره القاضي وإن كان مقلداً فلا ضمان عليه لأن له تقليد الإمام فيما رآه وإن كان الإمام يعتقد تحريمه والقاتل يعتقد حله فالضمان على الآمر كما لو أمر السيد الذي لا يعتقد تحريم القتل به والله أعلم.

كتاب الديات

الأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا﴾ [النساء: ٩٢]

وأما السنة فروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه: «وإن في النفس مائة من الإبل» رواه النسائي في سننه ومالك في موطئه قال ابن عبد البر وهو كتاب مشهور عند أهل السير ومعروف عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد لأنه أشبه المتواتر في مجيئه في أحاديث كثيرة تأتي في مواضعها من الباب إن شاء الله، وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (ودية الحر المسلم مائة من الإبل)

أجمع أهل العلم على أن الإبل أصل في الدية وأن دية الحر المسلم مائة من الإبل وقد دلت عليه الأحاديث الواردة منها حديث عمرو بن حزم وحديث عبد الله بن عمر في دية خطأ العمد وحديث ابن مسعود في دية الخطأ وسنذكرها إن شاء الله. وظاهر كلام الخرقي أن الأصل في الدية الإبل لا غير وهذا إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله ذكر ذلك أبو الخطاب وهو قول طاوس والشافعي وابن المنذر وقال القاضي: لا يختلف المذهب أن أصول الدية الإبل والذهب والورق والبقر والغنم فهذه خمسة، لا يختلف المذهب فيها وهذا قول عمر وعطاء وطاوس وفقهاء المدينة السبعة، وبه قال الثوري وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد لأن عمرو بن حزم روى في كتابه أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن: «وأن في النفس المؤمنة مائة من الإبل وعلى أهل الورق ألف دينار» رواه النسائي.

وروى ابن عباس: «أن رجلاً من بني عدي قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً» رواه أبو داود وابن ماجة، وروى الشعبي أن عمر جعل على أهل الذهب ألف دينار.

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال: «ألا إن الإبل قد غلت فقوم على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة، رواه أبو داود.

ولنا: قول النبي ﷺ: «ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل» ولأن النبي ﷺ فرق بين دية العمد والخطأ فغلظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق هذا في غير الإبل ولأنه بدل متلف حقاً لآدمي فكان متعيناً كعوض الأموال وحديث ابن عباس يحتمل أن النبي ﷺ أوجب الورق بدلاً عن الإبل، والخلاف في كونها أصلاً وحديث عمرو بن شعيب يدل على أن الأصل الإبل فإن إيجابه لهذه المذكورات على سبيل التقويم لغلاء الإبل ولو كانت أصولاً بنفسها لم يكن إيجابها تقويماً للإبل ولا كان لغلاء الإبل أثر في ذلك ولا لذكره معنى.

وقد روي: أنه كان يقوم الإبل قبل أن تغلو بثمانية آلاف درهم ولذلك قيل إن دية الذمي أربعة آلاف درهم وديته نصف الدية فكان ذلك أربعة آلاف حين كانت الدية ثمانية آلاف درهم.

فصل: فإذا قلنا: هي خمسة أصول فإن قدرها من الذهب ألف مثقال ومن الورق اثنا عشر ألف درهم، ومن البقر والحلل مائتان، ومن الشاة ألفا ولم يختلف القائلون بهذه الأصول في قدرها من الذهب ولا من سائرها إلا الورق فإن الثوري وأبا حنيفة وصاحبيه قالوا قدرها عشرة آلاف من الورق، وحكي ذلك عن ابن شبرمة لما روى الشعبي أن عمر جعل على أهل الورق عشرة آلاف ولأن الدينار معدول في الشرع بعشرة دراهم بدليل أن نصاب الذهب عشرون مثقالاً ونصاب الفضة مائتانوبما ذكرناه قال الحسن وعروة ومالك والشافعي في قول، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس لما ذكرنا من حديث ابن عباس وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر ولأن الدينار معدول باثني عشر درهماً بدليل أن عمر فرض الجزية على الغني أربعة دنانير أو ثمانية وأربعين درهماً، وعلى المتوسط دينارين أو أربعة وعشرون درهماً وعلى الفقير ديناراً أو اثنا عشر درهماً وهذا أولى مما ذكروه في نصاب الزكاة ولأنه لا يلزم أن يكون نصاب أحدهما معدولاً بنصاب الآخر كما أن السائمة من بهيمة الأنعام ليس نصاب شيء منها معدولاً بنصاب غيره قال ابن عبد البر ليس مع من جعل الدية عشرة آلاف عن النبي ﷺ حديث مسند ولا مرسل وحديث الشعبي عن عمر يخالفه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه.

فصل: وعلى هذا أي شيء أحضره من عليه الدية من القاتل أو العاقلة من هذه الأصول لزم الولي أخذه ولم يكن له المطالبة بغيره سواء كان من أهل ذلك النوع أو لم يكن لأنها أصول في قضاء الواجب يجزىء واحد منها فكانت الخيرة إلى من وجبت عليه كخصال الكفارة وكشاتي الجبران في الزكاة مع الدراهم، وإن قلنا الأصل الإبل خاصة فعليه تسليمها إليه سليمة من العيوب وأيها أراد العدول عنها إلى غيرها فللآخر منعه لأن الحق متعين فيها فاستحقت كالمثل

في المثليات المتلفة، وإن أعوزت الإبل ولم توجد إلا بأكثر من ثمن المثل فله العدول إلى ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم وهذا قول الشافعي القديم، وقال في الجديد تجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت لحديث عمرو بن شعيب عن عمر في تقويم الإبل، ولأن ما ضمن بنوع من المال وجبت قيمته كذوات الأمثال ولأن الإبل إذا أجزأت إذا قلت قلت قيمتها ينبغي أن تجزىء وإن كثرت قيمتها كالدنانير إذا غلت أو رخصت وهكذا ينبغي أن تقول إذا غلت الإبل كلها، فأما إن كانت الإبل موجودة بثمن مثلها إلا أن هذا لم يجدها لكونها في غير بلده نحو ذلك فإن قوم الدية من الدراهم اثني عشر ألفاً وألف دينار.

فصل: وظاهر كلام الخرقي أنه لا يعتبر قيمة الإبل بل متى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها قلت قيمتها أو كثرت وهذا ظاهر مذهب الشافعي وذكر أصحابنا أن ظاهر مذهب أحمد أن تؤخذ مائة قيمة كل بعير منها مائة وعشرون درهماً فإن لم يقدر على ذلك أدى اثني عشر ألف درهم أو ألفي دينار لأن عمر قوم الإبل على أهل الذهب ألف مثقال وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً فدل على أن ذلك قيمتها ولأن هذه إبدال محل واحد فيجب أن تتساوى في القيمة كالمثل والقيمة في بدل القرض والمتلف في المثليات.

ولنا: قول النبي ﷺ: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل» وهذا مطلق فتقييده يخالف إطلاقه فلم يجز إلا بدليل ولأنها كانت تؤخذ على عهد رسول الله ﷺ وقيمتها ثمانية آلاف، وقول عمر في حديثه إن الإبل قد غلت فقومها على أهل الورق اثني عشر ألفاً دليل على أنها في حال رخصها أقل قيمة من ذلك، وقد كانت تؤخذ في عصر رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدر من ولاية عمر مع رخصها وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشرين فإيجاب ذلك فيها خلاف سنة رسول الله ﷺ ولأن النبي ﷺ فرق بين دية الخطأ والعمد فغلظ دية العمد وخفف دية الخطأ، وأجمع عليه أهل العلم واعتبارها بقيمة واحدة تسوية بينهما، وجمع بين ما فرقه الشارع وإزالة للتخفيف والتغليظ جميعاً بل هو تغليظ لدية الخطأ، لأن اعتبار ابن مخاض بقيمة ثنية أو جذعة يشق جداً فيكون تغليظاً للدية في الخطأ وتخفيفاً لدية العمد وهذا خلاف ما قصده الشارع، وورد به، ولأن العادة نقص قيمة بنات المخاض عن قيمة الحقاق والجذعات فلو كانت تؤدى على عهد النبي ﷺ بقيمة واحدة ويعتبر ذلك فيها لنقل ولم يجز الإخلال به لأن ما ورد به الشرع مطلقاً إنما يحمل على العرف والعادة فإذا أريد به ما يخالف العادة وجب بيانه وإيضاحه لئلا يكون تلبيساً في الشريعة وإيهامهم أن حكم الله خلاف ما هو حكمه على الحقيقة والنبي ﷺ بعث للبيان قال الله تعالى: ﴿لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤] فكيف يحمل قوله على الإلباس والالغاز؟ هذا مما لا يحل، ثم لو حمل الأمر على ذلك لكن الأسنان عبثاً غير مفيد فإن فائدة ذلك إنما هو كون اختلاف أسنانها مظنة اختلاف القيم فأقيم مقامه، ولأن الإبل أصل في الدية فلا تعتبر قيمتها بغيرها كالذهب والورق، ولأنها أصل في الوجوب فلا تعتبر قيمتها كالإبل في السلم وشاة الجبران، وحديث عمرو بن شعيب حجة لنا فإن الإبل كانت تؤخذ قبل أن تغلو ويقومها عمر وقيمتها أقل من اثني عشر ألفاً، وقد قيل إن قيمتها كانت ثمانية آلاف ولذلك قال

عمر: دية الكتابي أربعة آلاف، وقولهم إنها إبدال محل واحد فلنا أن نمنع ونقول البدل إنما هو الإبل وغيرها معتبر بها وإن سلمنا فهو منتقض بالذهب والورق فإنه لا يعتبر تساويهما وينتقض أيضاً بشاة الجبران مع الدراهم، وأما بدل القرض والمتلف فإنما هو المثل خاصة والقيمة بدل عنه لا تجب إلا عند العجز عنه بخلاف مسألتنا.

فإن قيل: هذا حجة عليكم لقولكم إن الإبل هي الأصل وغيرها بدل عنها فيجب أن يساويها كالمثل والقيمة قلنا: إذا ثبت لنا هذا ينبغي أن يقوم غيرها بها ولا تقوم هي بغيرها لأن البدل يتبع الأصل ولا يتبع الأصل البدل على أنا نقول إنما صير إلى التقدير بهذا لأن عمر رضي الله عنه قومها في وقته بذلك فوجب المصير إليه كي لا يؤدي إلى التنازع والاختلاف في قيمة الإبل الواجبة كما قدر لبن المصراة بصاع من التمر نفياً للتنازع في قيمته فلا يوجب هذا أن يرد الأصل إلى التقويم فيفضي إلى عكس حكمة الشرع ووقوع التنازع في قيمة الإبل مع وجوبها بعينها على أن المعتبر في بدلي القرض مساواة المحل المقرض فاعتبر مساواة كل واحد من بدليه له والدية غير معتبرة بقيمة المتلف ولهذا لا تعتبر صفاته وهكذا قول أصحابنا في تقويم البقر والشاة والحلل يجب أن يكون مبلغ الواجب من كل صنف منها اثني عشر ألفاً فتكون قيمة كل بقرة أو حلة ستين درهماً وقيمة كل شاة ستة دراهم لتتساوى الأبدال كلها وكل حلة بردتان فيكون أربعمائة برد.

فصل: ولا يقبل في الإبل معيب ولا أعجف ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس إبله ولا إبل بلده. وقال القاضي وأصحاب الشافعي الواجب عليه من جنس إبله سواء كان القاتل أو العاقلة لأن وجوبها على سبيل المواساة فيجب كونها من جنس ما لهم كالزكاة، فإذا كان عند بعض العاقلة عراب وعند بعضهم بخاتي أخذ من كل واحدة من جنس ما عنده، وإن كان عند واحد صنفان ففيه وجهان **أحدهما**: يؤخذ من كل صنف بقسطه. **والثاني**: يؤخذ من الأكثر فإن استويا دفع من أيهما شاء فإن دفع من غير إبله خيراً من إبله أو مثلها جاز كما لو أخرج في الزكاة خيراً من الواجب وإن كان أدون لم يقبل إلا أن يرضى المستحق. وإن لم يكن له إبل فمن غالب إبل البلد فإن لم يكن في البلد إبل وجب من غالب إبل أقرب البلاد إليه فإن كانت إبله عجافاً أو مراضاً كلف تحصيل صحاح من جنس ما عنده لأنه بدل متلف فلا تؤخذ فيه معيبة كقيمة الثوب المتلف ونحو هذا قال أصحابنا في البقر والغنم.

ولنا: قول النبي ﷺ: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل» أطلق الإبل فمن قيدها احتاج إلى دليل. ولأنها بدل المتلف فلم يختص بجنس ماله كبدل سائر المتلفات، ولأنها حق ليس سببه المال فلم يعتبر كونه من جنس ماله كالمسلم فيه والقرض. ولأن المقصود بالدية جبر المفوت والجبر لا يختص بجنس مال من وجب عليه، وفارق الزكاة فإنها وجبت على سبيل المواساة ليشارك الفقراء الأغنياء فيما أنعم الله تعالى به عليهم فاقتضى كونه من جنس أموالهم وهذا بدل متلف فلا وجه لتخصيصه بماله. وقولهم إنها مواساة غير صحيح وإنما وجبت جبراً للفائت كبدل

المال المتلف وإنما العاقلة تواسي القاتل فيما وجب بجنايته ولهذا لا يجب من جنس أموالهم إذا لم يكونوا ذوي إبل والواجب بجنايته إبل مطلقة فتواسيه في تحملها، ولأنها لو وجبت من جنس مالهم لوجبت المريضة من المراض والصغيرة من الصغار كالزكاة.

مسألة: قال: (وإن كان القتل عمداً فهي في مال القاتل حالة أرباعاً: خمس وعشرون بنات مخاض، وخمس وعشرون بنات لبون، وخمس وعشرون حقه وخمس وعشرون جذعة)

أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب في مال القاتل لا تحملها العاقلة وهذه قضية الأصل وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف وأرش الجناية على الجاني قال النبي ﷺ: «لا يجني جان إلا على نفسه» وقال لبعض أصحابه حين رأى معه ولده «ابنك هذا؟» قال نعم قال: «أما أنه لا يجني عليك ولا تجني عليه» ولأن موجب الجناية أثر فعل الجاني فيجب أن يختص بضررها كما لا يختص بنفعها فإنه لو كسب كان كسبه له دون غيره وقد ثبت حكم ذلك في سائر الجنايات والإكساب وإنما خولف هذا الأصل في قتل المعذور فيه لكثرة الواجب وعجز الجاني في الغالب عن تحمله مع وجوب الكفارة عليه وقيام عذره تخفيفاً عنه ورفقاً به والعامد لا عذر له فلا يستحق التخفيف ولا يوجب فيه المعنى المقتضي للمواساة في الخطأ إذا ثبت هذا فإنها تجب حالة، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة تجب في ثلاث سنين لأنها دية آدمي فكانت مؤجلة كدية شبه العمد.

ولنا: إن ما وجب بالعمد المحض كان حالاً كالقصاص وأرش أطراف العبد ولا يشبه شبه العمد لأن القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل، وإنما أفضى إليه من غير اختيار منه فأشبه الخطأ ولهذا تحمله العاقلة ولأن القصد التخفيف على العاقلة الذين لم تصدر منهم جناية وحملوا أداء مال مواساة فالأرفق بحالهم التخفيف عنهم وهذا موجود في الخطأ وشبه العمد على السواء وأما العمدفإنما يحمله الجاني في غير حال العذر فوجب أن يكون ملحقاً ببدل سائر المتلفات ويتصور الخلاف معه فيما إذا قتل ابنه أو قتل أجنبياً وتعذر استيفاء القصاص لعفو بعضهم أو غير ذلك واختلفت الرواية في مقدارها فروى جماعة عن أحمد أنها أرباع كما ذكر الخرقي وهو قول الزهري وربيعة ومالك وسليمان بن يسار وأبي حنيفة، وروي ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه، وروى جماعة عن أحمد أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها وبهذا قال عطاء ومحمد بن الحسن والشافعي وروي ذلك عن عمر وزيد وأبي موسى والمغيرة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل متعمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوه وإن شاؤوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وما صولحوا عليه فهو لهم» وذلك لتشديد القتل رواه الترمذي وقال هو حديث حسن غريب وعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها» رواه الإمام أحمد وأبو داود

وغيرهم وعن عمرو بن شعيب «أن رجلاً يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة» رواه مالك في موطئه ووجه الأول ما روى الزهري عن السائب بن يزيد قال كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ أرباعاً خمساً وعشرين جذعة وخمساً وعشرين حقة وخمساً وعشرين بنت لبون وخمساً وعشرين بنت مخاض ولأنه قول ابن مسعود ولأنه حق يتعلق بجنس الحيوان فلا يعتبر فيه الحمل كالزكاة والأضحية.

فصل: والخلفة الحامل وقول النبي ﷺ: في بطونها أولادها تأكيد وقلما تحمل إلا ثنية وهي التي لها خمس سنين ودخلت في السادسة وأي ناقة حملت فهي خلفة تجزىء في الدية وقد قيل لا تجزىء إلا ثنية لأن في بعض ألفاظ الحديث أربعون خلفة ما بين ثنية عامها إلى بازل ولأن سائر أنواع الإبل مقدرة السن فكذلك الخلفة والذي ذكره القاضي هو الأولى لأن النبي ﷺ أطلق الخلفة والخلفة هي الحامل فيقتضي أن تجزىء كل حامل ولو أحضرها خلفة فأسقطت قبل قبضها فعليه بدلها فإن أسقطت بعد قبضها أجزأت لأنه بريء منها بدفعها.

فصل: فإن اختلفا في حملها رجع إلى أهل الخبرة كما يرجع في حمل المرأة إلى القوابل وإن تسلمها الولي ثم قال لم تكن حوامل وقد ضمرت أجوافها وقال الجاني بل قد ولدت عندك نظرت فإن قبضها بقول أهل الخبرة فالقول قول الجاني لأن الظاهر إصابتهم وإن قبضها بغير قولهم فالقول قول الولي لأن الأصل عدم الحمل.

مسألة: قال: (وإن كان القتل شبه عمد فكما وصفت في أسنانها إلا أنها على العاقلة في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها).

وجملته أن القول في أسنان دية شبه العمد كالقول في دية العمد سواء في اختلاف الروايتين فيها واختلاف العلماء فيها، وقد سبق الكلام في ذلك إلا أنها تخالف العمد في أمرين:

أحدهما: أنها على العاقلة في ظاهر المذهب وبه قال الشعبي والنخعي والحكم والشافعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر، وقال ابن سيرين والزهري والحارث العكلي وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور هي على القاتل في ماله، واختاره أبو بكر عبد العزيز لأنها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض ولأنها دية مغلظة فأشبهت دية العمد وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك لأن شبه العمد عنده من باب العمد.

ولنا: ما روى أبو هريرة قال: «اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه» ولأنه نوع قتل لا يوجب قصاصاً فوجبت ديته على العاقلة كالخطأ ويخالف العمد المحض لأنه يغلظ من كل وجه لقصده الفعل وإرادته القتل وعمد الخطأ يغلظ من وجه وهو قصده الفعل ويخفف من وجه وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظها من وجه وهو الأسنان وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها، ولا أعلم في أنها تجب مؤجلة خلافاً بين أهل العلم، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن

عباس رضي الله عنهم وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وأبو هاشم وعبد الله بن عمر ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر، وقد حكي عن قوم من الخوارج أنهم قالوا الدية حالة لأنها بدل متلف. ولم ينقل إلينا ذلك عمن يعد خلافه خلافاً وتخالف الدية سائر المتلفات لأنها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة له فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم وقد روي عن عمر وعلي أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولا مخالف لهما في عصرهما فكان إجماعاً.

فصل: ويجب في آخر كل حول ثلثها ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: ابتداؤها من حين حكم الحاكم لأنها مدة تختلف فيها فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم كمدة العنة.

ولنا: إنه مال مؤجل فكان ابتداء أجله من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلم ولا نسلم الخلاف فيها فإن الخوارج لا يعتد بخلافهم، إذا ثبت هذا فإن كان الواجب دية نفس فابتداء حولها من حين الموت سواء كان قتلاً موجباً أو عن سراية جرح وإن كان الواجب دية جرح نظرت فإن كان عن جرح اندمل من غير سراية مثل أن قطع يده فبرأت بعد مدة فابتداء المدة من حين القطع لأن تلك حالة الوجوب ولهذا لو قطع يده وهو ذمي فأسلم ثم اندملت وجب نصف دية يهودي. وأما إن كان الجرح سارياً مثل أن قطع أصبعه فسرى ذلك إلى كفه ثم اندمل فابتداء المدة من حين الاندمال لأنها إذا سرت فما استقر الأرش إلا عند الاندمال هكذا ذكر القاضي وأصحاب الشافعي وقال أبو الخطاب تعتبر المدة من حين الاندمال فيهما لأن الأرش لا يستقر إلا بالاندمال بينهما.

فصل: وإذا كان الواجب دية فإنها تقسم في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها سواء كانت دية النفس أو دية الطرف كدية جدع الأنف أو الأذنين أو قطع الذكر أو الأنثيين، وإن كان دون الدية نظرنا، فإن كان ثلث الدية كدية المأمومة أو الجائفة وجب في آخر السنة الأولى ولم يجب منه شيء حالاً وإن كان نصف الدية أو ثلثها كدية اليد أو دية المنخرين وجب الثلث في آخر السنة الأولى والباقي في آخر السنة الثانية، وإن كان أكثر من الثلثين كدية ثمان أصابع وجب الثلثان في السنتين والباقي في آخر الثالثة، وإن كان أكثر من دية مثل أن ذهب سمع إنسان ففي كل سنة ثلث لأن الواجب لو كان دون الدية لم ينقص في السنة عن الثلث فكذلك لا يزيد عليه إذا زاد على الثلث، وإن كان الواجب بالجناية على اثنين وجب لكل واحد ثلث في كل سنة لأن كل واحد له دية فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه وإن كان الواجب دون ثلث الدية كدية الأصبع لم تحمله العاقلة لأنها لا تحمل ما دون الثلث ويجب حالاً لأنه بدل متلف لا تحمله فكان حالاً كالجناية على المال.

فصل: وفي الدية الناقصة كدية المرأة والكتابي وجهان. أحدهما: تقسم في ثلاث سنين لأنها بدل النفس فأشبهت الدية الكاملة. والثاني: يجب منها في العام الأول قدر ثلث الدية الكاملة وباقيها في العام الثاني لأن هذه تنقص عن الدية فلم تقسم في ثلاث سنين كأرش

الطرف وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي كالوجهين وإن كانت الدية لا تبلغ ثلث الدية الكاملة كدية المجوسي وهو ثمانمائة درهم ودية الجنين، وهي خمس من الإبل لم تحمله العاقلة لأنها لا تحمل ما دون الثلث فأشبه دية السن والموضحة إلا أن يقتل الجنين مع أمه فتحمله العاقلة لأنها جناية واحدة وتكون دية الأم على الوجهين، بأن قلنا هي في عامين كانت دية الجنين واجبة مع ثلث دية الأم في العام الأول لأنها دية أخرى ويحتمل أن تجب مع باقي دية الأم في العام الثاني وإن قلنا دية الأم في ثلاث سنين فهل تجب دية الجنين في ثلاثة أعوام أولاً؟ على وجهين فإذا قلنا بوجوبها في ثلاث سنين وجبت في السنين التي وجبت فيها دية الأم لأنهما ديتان لمستحقين فيجب في كل سنة ثلث ديتها وثلث ديته ويحتمل أن تجب في ثلاث سنين أخرى، لأن تلفها موجب جناية واحدة.

مسألة: قال: (وإن كان القتل خطأ كان على العاقلة مائة من الإبل تؤخذ في ثلاث سنين أخماساً عشرون بنات مخاض وعشرون بنو مخاض وعشرون بنات لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة)

لا يختلف المذهب في أن دية الخطأ أخماساً كما ذكر الخرقي، وهذا قول ابن مسعود والنخعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال عمر بن عبد العزيز وسليمان بن يسار والزهري والليث وربيعة ومالك والشافعي هي أخماس إلا أنهم جعلوا مكان بني مخاض بني لبون، وهكذا رواه سعيد في سننه عن النخعي عن ابن مسعود وقال الخطابي روي أن النبي ﷺ ودى الذي قتل بخيبر بمائة من إبل الصدقة وليس في أسنان الصدقة ابن مخاض، وروي عن علي والحسن والشعبي والحارث العكلي وإسحاق أنها ارباع كدية العمد سواء وعن زيد أنها ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون بنت مخاض، وقال طاوس ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وثلاثون بنت مخاض وعشرون بني لبون ذكور لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن رسول الله ﷺ قضى أن من قتل خطأ فديته من الإبل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشر بني لبون ذكور» رواه أبو داود وابن ماجة وقال أبو ثور الديات كلها أخماس كدية الخطأ لأنها بدل متلف فلا تختلف بالعمد والخطأ كسائر المتلفات وحكي عنه أن دية العمد مغلظة ودية شبه العمد والخطأ أخماس لأن شبه العمد تحمله العاقلة فكان أخماساً كدية الخطأ.

ولنا: ما روى عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ: «في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بني مخاض» رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة ولأن ابن لبون يجب على طريق البدل عن ابنة مخاض في الزكاة إذا لم يجدها فلا يجمع البدل والمبدل في واجب ولأن موجبها واحد فيصير كأنه أوجب أربعين ابنة مخاض ولأن ما قلناه الأقل فالزيادة عليه لا تثبت إلا بتوقيف يجب على من ادعاه الدليل فأما دية قتيل خيبر فلا حجة لهم فيه لأنهم لم يدعوا على أهل خيبر قتله إلا عمداً فتكون ديته دية العمد وهي

من أسنان الصدقة والخلاف في دية الخطأ وقول أبي ثور يخالف الآثار المروية التي ذكرناها فلا يعول عليه.

فصل: ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن دية الخطأ على العاقلة قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وقد ثبت الأخبار عن رسول الله ﷺ أنه قضى بدية الخطأ عن العاقلة وأجمع أهل العلم على القول به وقد جعل النبي ﷺ دية عمد الخطأ على العاقلة بما قد رويناه من الأحاديث وفيه تنبيه على أن العاقلة تحمل دية الخطأ، والمعنى ذلك أن جنايات الخطأ تكثر ودية الآدمي كثيرة فإيجابها على الجاني في ماله يجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفاً عنه إذا كان معذوراً في فعله وينفرد هو بالكفارة.

فصل: ولا خلاف بينهم في أنها مؤجلة في ثلاث سنين فإن عمر وعلياً رضي الله عنهم جعلا دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً فأتبعهم على ذلك أهل العلم، ولأنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالاً كالزكاة وكل دية تحملها العاقلة تجب مؤجلة لما ذكرنا وما لا تحمله العاقلة يجب حالاً لأنه بدل متلف فلزم المتلف حالاً كقيم المتلفات، وفارق الذي تحمله العاقلة فإنه يجب مواساة فألزم التأجيل تخفيفاً على متحمله وعدل به عن الأصل في التأجيل كما عدل به عن الأصل في إلزامه غير الجاني.

فصل: ولا يلزم القاتل شيء من الدية وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة هو كواحد من العاقلة لأنها وجبت عليهم إعانة له فلا يريدون عليه فيها.

ولنا: ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قضى بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه وهذا يقتضي أنه قضى بجميعها عليهم ولأنه قاتل لم تلزمه الدية فلم يلزمه بعضها كما لو أمره الإمام بقتل رجل فقتله يعتقد أنه بحق فبان مظلوماً ولأن الكفارة تلزم القاتل في ماله وذلك يعدل قسطه من الدية وأكثر منه فلا حاجة إلى إيجاب شيء من الدية عليه.

فصل: والكفارة في مال القاتل لا يدخلها تحمل، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين تكون في بيت المال لأنها تكثر فإيجابها في ماله يجحف به.

ولنا: إنها كفارة فلا تجب على غير من وجد منه سببها كسائر الكفارات وكما لو كانت صوماً، ولأن الكفارة شرعت للتكفير عن الجاني ولا يكفر عنه بفعل غيره، ويفارق الدية فإنها إنما شرعت لجبر المحل وذلك يحصل بها كيفما كان ولأن النبي ﷺ لما قضى بالدية على العاقلة لم يكفر عن القاتل وما ذكروه لا أصل له، ولا يصح قياسه على الدية لوجوه:

أحدها: أن الدية لم تجب في بيت المال لأنها إنما وجبت على العاقلة ولا يجوز أن يثبت حكم الفرع مخالفاً لحكم الأصل.

الثاني: أن الدية كثيرة فإيجابها على القاتل يجحف به والكفارة بخلافها.

الثالث: أن الدية وجبت مواساة للقاتل وجعل حظ القاتل من الواجب الكفارة فإيجابها على غيره يقطع المواساة ويوجب على غير الجاني أكثر مما وجب عليه وهذا لا يجوز.

فصل: وذكر أصحابنا أن الدية تغلظ بثلاثة أشياء إذا قتل في الحرم والشهور الحرم وإذا قتل محرماً وقد نص أحمد رحمه الله على التغليظ على من قتل محرماً في الحرم وفي الشهر الحرام، فأما إن قتل ذا رحم محرم فقال أبو بكر: تغلظ ديته، وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد أنها لا تغلظ، وقال أصحاب الشافعي: تغلظ بالحرم والأشهر الحرم وذي الرحم المحرم وفي التغليظ بالإحرام وجهان، وممن روي عنه التغليظ عثمان وابن عباس والسعيدان وعطاء وطاوس والشعبي ومجاهد وسليمان بن يسار وجابر بن زيد وقتادة والأوزاعي ومالك والشافعي وإسحاق واختلف القائلون بالتغليظ في صفته، فقال أصحابنا: تغلظ لكل واحد من الحرمات ثلث الدية فإذا اجتمعت الحرمات الثلاث وجبت ديتان. قال أحمد في رواية ابن منصور فيمن قتل محرماً في الحرم وفي الشهر الحرام فعليه أربعة وعشرون ألفاً وهذا قول التابعين القائلين بالتغليظ.

وقال أصحاب الشافعي: صفة التغليظ إيجاب دية العمد في الخطأ لا غير ولا يتصور التغليظ في غير الخطأ ولا يجمع بين تغليظين. وهذا قول مالك إلا أنه يغلظ في العمد فإذا قتل ذا رحم محرم عمداً فعليه ثلاثون جذعة وأربعون خلفة، وتغليظها في الذهب والورق أن ينظر قيمة أسنان الإبل غير مغلظة وقيمتها مغلظة ثم يحكم بزيادة ما بينهما كأن قيمتها مخففة ستمائة وفي العمد ثمانمائة وذلك ثلث الدية المخففة وعند مالك تغلظ على الأب والأم والجد دون غيرهم، واحتجا على صفة التغليظ بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه حين حذفه بالسيف ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ولم يزد عليه في العدد شيئاً وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعاً ولأن ما أوجب التغليظ أوجبه في الأسنان دون القدر كالضمان ولا يجمع بين تغليظين لأن[1] ما أوجب التغليظ بالضمان إذا اجتمع سببان تداخلا كالحرم والإحرام في قتل الصيد وعلى أنه لا يغلظ بالإحرام أن الشرع لم يرد بتغليظه، واحتج أصحابنا بما روى ابن أبي نجيح أن امرأة وطئت في الطواف فقضى عثمان رضي الله عنه فيها بستة آلاف وألفين تغليظاً للحرم، وعن ابن عمر أنه قال من قتل في الحرم أو ذا رحم أو في الشهر الحرام فعليه دية وثلث وعن ابن عباس أن رجلاً قتل رجلاً في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال ديته اثنا عشر ألفاً وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف وهذا مما يظهر وينتشر ولم ينكر فيثبت إجماعاً، وهذا فيه الجمع بين تغليظات ثلاث ولأنه قول التابعين القائلين بالتغليظ، واحتجوا على التغليظ في العمد أنه إذا غلظ الخطأ مع العذر فيه ففي العمد مع عدم العذر أولى وكل من غلظ الدية أوجب التغليظ في بدل الطرف بهذه الأسباب لأن ما أوجب تغليظ دية النفس أوجب تغليظ دية الطرف كالعمد، وظاهر كلام الخرقي أن الدية لا تغلظ بشيء من ذلك وهو قول الحسن والشعبي والنخعي وأبي حنيفة والجوزجاني وابن المنذر.

---

(١) في نسخة إلا ما أوجب.

وروي ذلك عن الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز لأن النبي ﷺ قال: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل لم يزد على ذلك وعلى أهل الذهب ألف مثقال» وفي حديث أبي شريح أن النبي ﷺ قال: «وأنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله. من قتل له قتيل بعد ذلك فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية» وهذا القتل كان بمكة في حرم الله تعالى فلم يزد النبي ﷺ على الدية ولم يفرق بين الحرم وغيره. وقول الله عز وجل ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] يقتضي أن الدية واحدة في كل مكان وفي كل حال ولأن عمر رضي الله عنه أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه ولم يزد على مائة، وروى الجوزجاني بإسناده عن أبي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء فكان مما أحيي من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم أن ناساً كانوا يقولون: إن الدية تغلظ في الشهر الحرام أربعة آلاف فتكون ستة عشر ألف درهم فألغى عمر رحمه الله ذلك بقول الفقهاء وأثبتها اثني عشر ألف درهم في الشهر الحرام والبلد الحرام وغيرهما قال ابن المنذر: وليس ثابت ما روي عن الصحابة في هذا ولو صح فقول عمر يخالفه وقوله أولى من قول من خالفه وهو أصح في الرواية مع موافقته الكتاب والسنة والقياس.

فصل: ولا تغلظ الدية بموضع غير الحرم، وقال أصحاب الشافعي: تغلظ الدية بالقتل في المدينة على قوله القديم لأنها مكان يحرم صيده فأشبهت الحرم وليس بصحيح لأنها ليست محلاً للمناسك فأشبهت سائر البلدان ولا يصح قياسها على الحرم لأن النبي ﷺ قال: «أي بلد هذا؟ أليست البلدة الحرام؟ قال: فإن دماءكم وأموالكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» وهذا يدل على أنه أعظم البلاد حرمة، وقال النبي ﷺ «إن أعتى الناس على الله رجل قتل في الحرم ورجل قتل غير قاتله ورجل قتل بدخل الجاهلية» وتحريم الصيد ليس هو العلة في التغليظ وإن كان من جملة المؤثر فقد خالف تحريم الحرم فإنه لا يجب الجزاء على من قتل فيه صيداً ولا يحرم للرعي فيه ولا الاحتشاش منه ولا ما يحتاج إليه من الرحل والعارضة والقائمة وشبهه.

مسألة: قال: (والعاقلة لا تحمل العبد ولا العمد ولا الصلح ولا الاعتراف وما دون الثلث)

في هذه المسألة خمس مسائل. **الأولى**: أن العاقلة لا تحمل العبد يعني إذا قتل العبد قاتل وجبت قيمته في مال القاتل ولا شيء على عاقلته خطأ كان أو عمداً وهذا قول ابن عباس والشعبي والثوري ومكحول والنخعي والبتي ومالك والليث وابن أبي ليلى وإسحاق وأبي ثور، وقال عطاء والزهري والحكم وحماد وأبو حنيفة تحمله العاقلة لأنه آدمي يجب بقتله القصاص والكفارة فحملت العاقلة بدله كالحر وعن الشافعي كالمذهبين ووافقنا أبو حنيفة في دية أطرافه.

ولنا: ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً» وروي عن ابن عباس موقوفاً عليه ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً فيكون

إجماعاً، ولأن الواجب فيه قيمة تختلف باختلاف صفاته فلم تحمله العاقلة كسائر القيم ولأنه حيوان لا تحمل العاقلة قيمة أطرافه فلم تحمل الواجب في نفسه كالفرس وبهذا فارق الحر.

المسألة الثانية: أنها لا تحمل العمد سواء كان مما يجب القصاص فيه أو لا يجب ولا خلاف في أنها لا تحمل دية ما يجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد بكل حال وحكي عن مالك أنها تحمل الجنايات التي لا قصاص فيها كالمأمومة والجائفة وهذا قول قتادة لأنها جناية لا قصاص فيها أشبهت جناية الخطأ.

ولنا: حديث ابن عباس ولأنها جناية عمد فلا تحملها العاقلة كالموجب للقصاص وجناية الأب على ابنه، ولأن العاقلة إنما يثبت في الخطأ لكون الجاني معذوراً تخفيفاً عنه ومواساة له والعامد غير معذور فلا يستحق التخفيف ولا المعاونة فلم يوجد فيه المقتضي، وبهذا فارق العمد الخطأ ثم يبطل ما ذكروه بقتل الأب ابنه فإنه لا قصاص فيه ولا تحمله العاقلة.

فصل: وإن اقتص بحديدة مسمومة فسرى إلى النفس ففيه وجهان:

أحدهما: تحمله العاقلة. لأنه ليس بعمد محض أشبه عمد الخطأ. **والثاني**: لا تحمله. لأنه قتله بآلة يقتل مثلها غالباً فأشبه من لا قصاص له، ولو وكل استيفاء القصاص ثم عفا عنه فقتله الوكيل من غير علم بعفوه فقال القاضي: لا تحمله العاقلة لأنه عمد قتله، وقال أبو الخطاب: تحمله العاقلة لأنه لم يقصد الجناية ومثل هذا يعد خطأ بدليل ما لو قتل في دار مسلماً يظنه حربياً فإنه عمد قتله وهو أحد نوعي الخطأ وهذا أصح ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

فصل: وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة، وقال الشافعي في أحد قوليه لا تحمله لأنه عمد يجوز تأديبهما عليه فأشبه القتل من البالغ.

ولنا: إنه لا يتحقق منهما كمال القصد فتحمله العاقلة كشبه العمد ولأنه قتل لا يوجب القصاص لأجل العذر فأشبه الخطأ وشبه العمد وبهذا فارق ما ذكروه ويبطل ما ذكروه بشبه العمد.

المسألة الثالثة: أنها لا تحمل الصلح ومعناه أن يدعى عليه القتل فينكره ويصالح المدعي على مال فلا تحمله العاقلة لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره فلم تحمله العاقلة كالذي ثبت باعترافه، وقال القاضي: معناه أن يصالح الأولياء عن دم العمد إلى الدية، والتفسير الأول أولى لأن هذا عمد فيستغني عنه بذكر العمد، وممن قال لا تحمل العاقلة الصلح ابن عباس والزهري والشعبي والثوري والليث والشافعي وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ولأنه لو حملته العاقلة أدى إلى أن يصالح بمال غيره ويوجب عليه حقاً بقوله.

المسألة الرابعة: أنها لا تحمل الاعتراف وهو أن يقر الإنسان على نفسه بقتل خطأ أو شبه عمد فتجب الدية عليه ولا تحمله العاقلة ولا نعلم فيه خلافاً وبه قال ابن عباس والشعبي

والحسن وعمر بن عبد العزيز والزهري وسليمان بن موسى والثوري ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ولأنه لو وجب عليهم لوجب بإقرار غيرهم ولا يقبل إقرار شخص على غيره ولأنه يتهم في أن يواطىء من يقر له بذلك ليأخذ الدية من عاقلته فيقاسمه إياها.

إذا ثبت هذا: فإنه يلزمه ما اعترف به وتجب الدية عليه حالة في ماله في قول أكثرهم.

وقال أبو ثور وابن عبد الحكم لا يلزمه شيء ولا يصح إقراره لأنه مقر على غيره لا على نفسه ولأنه لم يثبت موجب إقراره فكان باطلاً كما لو أقر على غيره بالقتل.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] ولأنه مقر على نفسه بالجناية الموجبة للمال فصح إقراره كما لو أقر بإتلاف مال أو بما لا تحمل ديته العاقلة ولأنه محل مضمون فيضمن إذا اعترف به كسائر المحال وإنما سقطت عنه الدية في محل الوفاق لتحمل العاقلة لها فإذا لم تحملها وجبت عليه كجناية المرتد.

المسألة الخامسة: أنها لا تحمل ما دون الثلث وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك وإسحاق وعبد العزيز وعمر بن أبي سلمة، وبه قال الزهري وقال لا تحمل الثلث أيضاً، وقال الثوري وأبو حنيفة تحمل السن والموضحة وما فوقها لأن النبي ﷺ جعل الغرة التي في الجنين على العاقلة وقيمتها نصف عشر الدية ولا تحمل ما دون ذلك لأنه ليس فيه أرش مقدر والصحيح عن الشافعي أنها تحمل الكثير والقليل لأن من حمل الكثير حمل القليل كالجاني في العمد.

ولنا: ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية أن لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجاني لأنه موجب جنايته وبدل متلفه فكان عليه كسائر المتلفات والجنايات وإنما خولف في الثلث فصاعداً تخفيفاً عن الجاني لكونه كثيراً يجحف به قال النبي ﷺ: «الثلث كثير» ففيما دونه يبقى عليه قضية الأصل ومقتضى الدليل وهذا حجة على الزهري، لأن النبي ﷺ جعل الثلث كثيراً فأما دية الجنين فلا تحملها العاقلة إلا إذا مات مع أمه من الضربة لكون ديتهما جميعاً موجب جناية تزيد على الثلث وإن سلمنا وجوبها على العاقلة فلأنها دية آدمي كاملة.

فصل: وتحمل العاقلة دية الطرف إذا بلغ الثلث وهو قول من سمينا في المسألة التي قبل هذا وحكي عن الشافعي أنه قال في القديم لا تحمل ما دون الدية لأن ذلك يجري مجرى ضمان الأموال بدليل أنه لا تجب فيه كفارة.

ولنا: قول عمر رضي الله عنه ولأن الواجب دية جناية على حر تزيد على الثلث فحملتها العاقلة كدية النفس. لأنه كثير يجب ضماناً لحر أشبه ما ذكرنا وما ذكره يبطل بما إذا جنى على الأطراف بما يوجب الدية أو زيادة عليها.

فصل: وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف بينهم فيها وتحمل من جراحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل كدية أنفها وما دون ذلك كدية يدها لا تحمله العاقلة وكذلك الحكم في دية الكتابي ولا تحمل دية المجوسي لأنها دون الثلث ولا دية الجنين إن مات منفرداً أو مات قبل موت أمه نص عليه أحمد لأنه دون الثلث، وإن مات مع أمه حملتها العاقلة نص عليه لأن وجوب ديتها حصل في حال واحدة بجناية واحدة مع زيادتها على الثلث فحملتها العاقلة كالدية الواحدة.

فصل: وإن كان الجاني ذمياً فعقله على عصبته من أهل ديته المعاهدين في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي وفي الأخرى لا يتعاقلون لأن المعاقلة تثبت في حَق المسلم على خلاف الأصل تخفيفاً عنه ومعونة له فلا يلحق به الكافر لأن المسلم أعظم حرمة وأحق بالمواساة والمعونة من الذمي ولهذا وجبت الزكاة على المسلمين مواساة لفقرائهم ولم تجب على أهل الذمة لفقرائهم فتبقى في حق الذي على الأصل ووجه الرواية الأولى أنهم عصبة يرثونه فيعقلون عنه كعصبة المسلم من المسلمين ولا يعقل عنه عصبته المسلمون لأنهم لا يرثونه ولا الحربيون لأن الموالاة والنصرة منقطعة بينهم، ويحتمل أن يعقلوا عنه إذا قلنا إنهم يرثونه لأنهم أهل دين واحد يرث بعضهم بعضاً ولا يعقل يهودي عن نصراني ولا نصراني عن يهودي لأنهم لا موالاة بينهم وهم أهل ملتين مختلفتين ويحتمل أن يتعاقلا بناء على الروايتين في توارثهما.

فصل: وإن تنصر يهودي أو تهود نصراني وقلنا إنه يقر عليه عقل عنه عصبته من أهل الدين الذي انتقل إليه وهل يعقل عنه الذين انتقل عن دينهم؟ على وجهين وإن قلنا لا يقر لم يعقل عنه أحد لأنه كالمرتد والمرتد لا يعقل عنه أحد لأنه ليس بمسلم فيعقل عنه المسلمون ولا ذمي فيعقل عنه أهل الذمة وتكون جنايته في ماله وكذلك كل من لا تحمل عاقلته جنايته يكون موجبها في ماله كسائر الجنايات التي لا تحملها العاقلة.

فصل: ولو رمى ذمي صيداً ثم أسلم ثم أصاب السهم آدمياً فقتله لم يعقله المسلمون لأنه لم يكن مسلماً حال رميه، ولا المعاهدون لأنه قتله وهو مسلم فيكون في مال الجاني وهكذا لو رمى وهو مسلم ثم ارتد ثم قتل السهم إنساناً لم يعقله أحد ولو جرح ذمي ذمياً ثم أسلم الجارح ومات المجروح وكان أرش جراحه يزيد على الثلث فعقله على عصبته من أهل الذمة وما زاد على أرش الجرح لا يحمله أحد ويكون في مال الجاني كما ذكرنا وإن لم يكن أرش الجرح مما تحمله العاقلة فجميع الدية على الجاني وكذلك الحكم إذا جرح مسلماً ثم ارتد، ويحتمل أن تحمل الدية كلها العاقلة في المسألتين لأن الجناية وجدت وهو ممن تحمل العاقلة جنايته ولهذا وجب القصاص في المسألة الأولى وإذا كان عمداً ويحتمل أن لا تحمل العاقلة شيئاً لأن الأرش إنما يستقر باندمال الجرح أو سرايته.

فصل: إذا تزوج عبد معتقة فأولدها أولاداً فولاؤهم لمولى أمهم وإن جنى أحدهم فالعقل على مولى أمه لأنه عصبته ووارثه فإن أعتق أبوه ثم سرت الجناية أو رمى بسهم فلم يقع

السهم حتى أعتق أبـوه لم يحمل عقله أحـد لأن موالي الأم قـد زال ولاؤهم عنه قبل قتله وموالي الأب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايته فتكون الدية عليه في ماله إلا أن يكون أرش الجـرح مما تحمله العاقلة منفرداً فيخرج فيه مثل ما قلنا في المسألة التي قبلها.

فصـل: وإن جنى الرجـل على نفسـه خطأ أو عـلى أطرافـه ففيه روايتـان. قال القـاضي اظهرهما أن على عاقلته ديته لورثته إن قتل نفسه أو أرش جرحه لنفسه إذا كان أكـثر من الثلث، وهذا قول الأوزاعي وإسحاق لما روي أن رجلاً ساق حماراً فضربه بعصاً كانت معه فطارت منها شظية ففقأت عينه فجعل عمر ديته على عاقلته وقال هي يد من أيدي المسلمين لم يصبهـا اعتداء على أحد ولم نعرف له مخالفاً في عصره، ولأنها جناية خطأ فكان عقلهـا على عـاقلته كما لو قتـل غيره. فعلى هذه الرواية إن كانت العـاقلة الورثـة لم يجب شيء لأنه لا يجب لـلإنسان شيء عـلى نفسه وإن كان بعضهم وارثاً سقط عنه ما يقابل نصيبه وعليـه ما زاد عـلى نصيبه ولـه ما بقي إن كان نصيبه من الدية أكثر من الواجب عليه.

والرواية الثانية: جنايته هـدر وهذا قـول أكثر أهـل العلم منهم ربيعة ومـالك والثـوري والشافعي وأصحاب الرأي وهي أصح لأن عامر بن الأكوع بارز مرحباً يـوم خيبر فـرجع سيفـه على نفسه فمات ولم يبلغنا أن النبي ﷺ قضى فيه بدية ولا غيرها، ولو وجبت لبينـه النبي ﷺ. ولأنه جنى على نفسه فلم يضمنه غيره كالعمد، ولأن وجوب الدية على العاقلة إنمـا كان مـواساة للجـاني وتخفيفاً عنـه وليس على الجـاني ها هنـا شيء يحتاج إلى الإعـانة والمـواساة فيه فلا وجـه لإيجابه. ويفارق هذا ما إذا كانت الجناية على غيره فإنه لـو لم تحمله العاقلة لأجحف بـه وجوب الدية لكثرتها. فأما إن كانت الجناية على نفسه شبه عمد فهل تجري مجرى الخطأ؟ على وجهين: **أحدهما**: هي كالخطأ لأنها تسـاويه فيـما إذا كانت عـلى غيره. **والثـاني**: لا تحمله العاقلة لأنـه لا عذر له فأشبه العمد المحض.

فصـل: وأما خطأ الإمام والحاكم في غير الحكم والاجتهاد فهو على عاقلته بغير خلاف إذا كان مما تحمله العاقلة وما حصل باجتهاده ففيه روايتان: **إحداهما**: على عاقلته أيضاً لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه بعث إلى امرأة ذكـرت بسوء فـأجهضت جنينها فقـال عمر لعـلي: عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك، ولأنه جاز فكان خطؤه على عاقلته كغيره. **والثانية**: هو في بيت المال وهو مـذهب الأوزاعي والثوري وأبي حنيفـة وإسحاق لأن الخـطأ يكثر في أحكـامه واجتهاده فإيجاب عقله على عاقلته يجحف بهم ولأنه نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله فكان أرش جنايته في مال الله سبحانه وللشافعي قولان كالروايتين.

مسألة: قال: (وإذا جني العبد فعلى سيده أن يفديه أو يسلمـه فإن كـانت الجنايـة أكثر من قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته)

هـذا في الجنايـة التي تؤدى بالمـال إما لكـونها لا توجب إلا المـال، وإمـا لكـونها مـوجبـة للقصـاص فعفـا عنهـا إلى المـال، فإن جنـايـة العبـد تتعلق بـرقبتـه إذ لا يخلـو من أن تتعلـق برقبتـه أو ذمتـه

أو ذمة سيده. أو لا يجب شيء ولا يمكن إلغاؤها لأنها جناية آدمي فيجب اعتبارها كجناية الحر، ولأن جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره وعدم تكليفه فجناية العبد أولى، ولا يمكن تعلقها بذمته لأنه يفضي إلى إلغائها أو تأخير حق المجني عليه إلى غير غاية ولا بذمة السيد لأنه لم يجن فتعين تعلقها برقبة العبد، ولأن الضمان موجب جنايته فتتعلق برقبته كالقصاص ثم لا يخلو أرش الجناية من أن يكون بقدر قيمته فما دون أو أكثر، فإن كان بقدرها فما دون فالسيد مخير بين أن يفديه بأرش جنايته أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه، وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن وإسحاق، وروي ذلك عن الشعبي وعطاء ومجاهد وعروة والحسن والزهري وحماد لأنه إن دفع أرش الجناية فهو الذي وجب للمجني عليه فلم يملك المطالبة بأكثر منه، وإن سلم العبد فقد أدى المحل الذي تعلق الحق به. ولأن حق المجني عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة وقد أداها، وإن طالب المجني عليه بتسليمه إليه وأبى ذلك سيده لم يجبر عليه لما ذكرنا، وإن دفع السيد عبده فأبى الجاني قبوله وقال بعه وادفع إليّ ثمنه فهل يلزم السيد ذلك؟ على روايتين. وأما إن كانت الجناية أكثر من قيمته ففيه روايتان: **إحداهما**: أن سيده يخير بين أن يفديه بقيمته أو أرش جنايته وبين أن يسلمه لأنه إذا أدى قيمته فقد أدى قدر الواجب عليه فإن حق المجني عليه لا يزيد على العبد فلم يلزمه أكثر من ذلك كما لو كانت الجناية بقدر قيمته.

والرواية الثانية: يلزمه تسليمه إلا أن يفديه بأرش جنايته بالغة ما بلغت وهذا قول مالك لأنه ربما إذا عرض للبيع رغب فيه راغب بأكثر من قيمته فإذا أمسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجني عليه وللشافعي قولان كالروايتين. ووجه الرواية الأولى أن الشرع قد جعل له فداءه فكان له فداؤه وكان الواجب قدر قيمته كسائر المتلفات.

فصل: فإن كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا ولي الجناية على أن يملك العبد لم يملكه بذلك لأنه إذا لم يملكه بالجناية فلأن لا يملكه بالعفو أولى. ولأنه أحد من عليه القصاص فلا يملكه بالعفو كالحر ولأنه إذا عفا عن القصاص انتقل حقه إلى المال فصار كالجاني جناية موجبة للمال. وفيه رواية أخرى أنه يملكه لأنه مملوك استحق إتلافه فاستحق إبقاءه على ملكه كعبده الجاني عليه.

فصل: قال أبو طالب سمعت أبا عبد الله يقول: إذا أمر غلامه فجنى فعليه ما جنى وإن كان أكثر من ثمنه أن قطع يده حر فعليه دية الحر وإن كان ثمنه أقل. وإن أمره سيده أن يجرح رجلاً فما جنى فعليه قيمة جنايته، وإن كانت أكثر من ثمنه لأنه بأمره وكان علي وأبو هريرة يقولان: إذا أمر عبده أن يقتل فإنما هو سوطه ويقتل المولى ويحبس العبد وقال أحمد حدثنا بهز حدثنا حماد بن سلمة حدثنا قتادة عن خلاس أن علياً قال: إذا أمر الرجل عبده فقتل إنما هو كسوطه أو كسيفه يقتل المولى والعبد يستودع السجن ولأنه فوت شيئاً بأمره فكان على السيد ضمانه كما لو استدان بأمره.

فصل: فإن جنى جنايات بعضها بعد بعض فالجاني بين أولياء الجنايات بالحصص وبهذا قال الحسن وحماد وربيعة وأصحاب الرأي والشافعي، وروي عن شريح: أنه قال يقضى به لآخرهم وبه قال الشعبي وقتادة لأنها جناية وردت على محل مستحق فقدم صاحبها على المستحق قبله كالجناية على المملوك الذي لم يجن وقال شريح في عبد شج رجلاً ثم آخر فقال شريح يدفع إلى الأول إلا أن يفديه مولاه ثم يدفع إلى الثاني ثم يدفع إلى الثالث إلا أن يفديه الأوسط.

ولنا: إنهم تساووا في سبب تعلق الحق به فتساووا في الاستحقاق كما لو جنى عليهم دفعة واحدة بل لو قدم بعضهم كان الأول أولى لأن حقه أسبق، ولا يصح القياس على الملك فإن حق المجني عليه أقوى بدليل أنهما لو وجدا دفعة واحدة قدم لحق المجني عليه، ولأن حق المجني عليه ثبت بغير رضا صاحبه عوضاً وحق المالك ثبت برضاه أو بغير عوض فافترقا.

فصل: وإن أعتق السيد عبده الجاني عتق وضمن ما تعلق به من الأرش لأنه أتلف محل الجناية على من تعلق حقه به فلزمه غرامته كما لو قتله وينبني قدر الضمان على الروايتين فيما إذا اختار إمساكه بعد الجناية لأنه امتنع من تسليمه بإعتاقه فهو بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار فدائه. ونقل ابن منصور عن أحمد أنه إن أعتقه عالماً بجنايته فعليه الدية يعني دية المقتول وإن لم يكن عالماً بجنايته فعليه قيمة العبد وذلك لأنه إذا أعتقه مع العلم كان مختاراً لفدائه بخلاف ما إذا لم يعلم فإنه لم يختر الفداء لعدم علمه به فلم يلزمه أكثر من قيمة ما فوته.

فصل: فإن باعه أو وهبه صح بيعه لما ذكرنا في البيع ولم يزل تعلق الجناية عن رقبته فإن كان المشتري عالماً بحاله فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة وينتقل الخيار في فدائه وتسليمه إليه كالسيد الأول، وإن لم يعلم فله الخيار بين إمساكه ورده كسائر المبيعات.

مسألة: قال: (والعاقلة العمومة وأولادهم وإن سفلوا في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله، والرواية الأخرى الأب والابن والإخوة وكل العصبة من العاقلة)

العاقلة من يحمل العقل والعقل الدية تسمى عقلاً لأنها تعقل لسان ولي المقتول، وقيل إنما سميت العاقلة لأنهم يمنعون عن القاتل والعقل المنع ولهذا سمي بعض العلوم عقلاً لأنه يمنع من الإقدام على المضار، ولا خلاف بين أهل العلم في أن العاقلة العصبات وأن غيرهم من الإخوة من الأم وسائر ذوي الأرحام والزوج وكل من عدا العصبات ليسوا هم من العاقلة، واختلف في الآباء والبنين هل هم من العاقلة أو لا، وعن أحمد في ذلك روايتان: أحدهما: كل العصبة من العاقلة يدخل فيه آباء القاتل وأبناؤه وإخوته وعمومته وأبناؤهم، وهذا اختيار أبي بكر والشريف أبي جعفر وهو مذهب مالك وأبي حنيفة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «قضى رسول الله ﷺ أن عقل المرأة بين عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئاً إلا ما فضل عن ورثتها وإن قتلت فعقلها بين ورثتها» رواه أبو داود ولأنهم عصبة فأشبهوا الإخوة،

يحققه أن العقل موضوع على التناصر وهم من أهله ولأن العصبة في تحمل العقل كهم في الميراث في تقديم الأقرب فالأقرب وآباؤه وأبناؤه أحق العصبات بميراثه فكانوا أولى بتحمل عقله.

والرواية الثانية: ليس آباؤه وأبناؤه من العاقلة وهو قول الشافعي لما روى أبو هريرة: اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى فقتلتها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم. متفق عليه. وفي رواية «ثم ماتت القاتلة فجعل النبي ﷺ ميراثها لبنيها والعقل على العصبة» رواه أبو داود ،والنسائي وفي رواية عن جابر بن عبد الله قال: «فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عاقلتها وبرأ زوجها وولدها قال: فقالت عاقلة المقتولة ميراثها لنا فقال رسول الله ﷺ ميراثها لزوجها وولدها» رواه أبو داود.

إذا ثبت هذا في الأولاد قسنا عليه الوالد لأنه في معناه ولأن مال ولده ووالده كماله ولهذا لم تقبل شهادتهما له ولا شهادته لهما ووجب على كل واحد منهما الإنفاق على الآخر إذا كان محتاجاً والآخر موسراً وعتق عليه إذا ملكه فلا تجب في ماله دية كما لم يجب في مال القاتل. وظاهر كلام الخرقي أن في الإخوة روايتين كالولد والوالد، وغيره من أصحابنا يجعلونهم من العاقلة بكل حال ولا أعلم فيه عن غيرهم خلافاً.

فصل: فإن كان الولد ابن ابن عم أو كان الوالد والد[١] مولى أو عصبة مولى فإنه يعقل في ظاهر كلام أحمد. قاله القاضي. وقال أصحاب الشافعي ولا يعقل لأنه والد أو ولد فلم يعقل كما لو لم يكن كذلك.

ولنا: إنه ابن ابن عم أو مولى فيعقل كما لو لم يكن ولداً وذلك لأن هذه القرابة أو الولاء سبب يستقل بالحكم منفرداً فإذا وجد مع لا يثبت به الحكم أثبته كما لو وجد مع الرحم المجرد ولأنه يثبت حكمه مع القرابة الأخرى بدليل أنه يلي نكاحها مع أن الابن لا يلي النكاح عندهم.

فصل: وسائر العصبات من العاقلة بعدوا أو قربوا من النسب والمولى وعصبته ومولى المولى وعصبته وغيرهم وبهذا قال عمر بن عبد العزيز والنخعي وحماد ومالك والشافعي ولا أعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنهم عصبة يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم فيدخلون في العقل كالقريب ولا يعتبر أن يكونوا وارثين في الحال بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا لأن النبي ﷺ، قضى بالدية بين عصبة المرأة من كانوا لا يرثون منها إلا ما فضل عن ورثتها. ولأن الموالي من العصبات فأشبهوا المناسبين.

---

(١) في نسخة أو كان الولد أو الوالد.

فصل: ولا يدخل في العقل من ليس بعصبة ولا يعقل المولى من أسفل وبه قال أبو حنيفة وأصحاب مالك. وقال الشافعي في أحد قوليه يعقل لأنهما شخصان يعقل أحدهما صاحبه فيعقل الآخر عنه كالأخوين.

ولنا: إنه ليس بعصبة له ولا وارث فلم يعقل عنه كالأجنبي. وما ذكروه يبطل بالذكر مع الأنثى والكبير مع الصغير والعاقل مع المجنون.

فصل: ولا يعقل مولى الموالاة وهو الذي يوالي رجلاً يجعل له ولاءه ونصرته، ولا الحليف وهو الرجل يحالف الآخر على أن يتناصرا على دفع الظلم ويتضافرا على من قصدهما أو قصد أحدهما ولا العديد وهو الذي لا عشيرة له ينضم إلى عشيرة فيعد نفسه معهم. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يعقل مولى الموالاة ويرث، وقال مالك: إذا كان الرجل في غير عشيرته فعقله على القوم الذي هو معهم.

ولنا: إنه معنى يتعلق بالعصبة فلا يستحق بذلك كولاية النكاح.

فصل: ولا مدخل لأهل الديوان في المعاقلة. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يتحملون جميع الدية فإن عدموا فالأقارب حينئذ يعقلون لأن عمر رضي الله عنه جعل الدية على أهل الديوان في الأعطية في ثلاث سنين.

ولنا: إن النبي ﷺ، قضى بالدية على العاقلة[1] ولأنه معنى لا يستحق به الميراث فلم يحمل العقل كالجوار واتفاق المذاهب وقضاء النبي ﷺ أولى من قضاء عمر، على أنه إن صح ما ذكر عنه فيحتمل أنهم كانوا عشيرة القاتل.

فصل: ويشترك في العقل الحاضر والغائب. وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك: يختص به الحاضر لأن التحمل بالنصرة وإنما هي بين الحاضرين ولأن في قسمته على الجميع مشقة وعن الشافعي كالمذهبين.

ولنا: الخبر، وأنهم استووا في التعصيب والإرث فاستووا في تحمل العقل كالحاضرين ولأنه معنى يتعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب كالميراث والولاية.

فصل: ويبدأ في قسمته بين العاقلة بالأقرب فالأقرب يقسم على الإخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم ثم أعمام الأب ثم بنيهم ثم أعمام الجد ثم بنيهم كذلك أبداً حتى إذا انقرض المناسبون فعلى المولى المعتق ثم على عصابته ثم على مولى المولى ثم على عصباته الأقرب فالأقرب كالميراث سواء، وإن قلنا: للآباء والأبناء من العاقلة بدىء بهم لأنهم أقرب، ومتى اتسعت أموال قوم للعقل يعدهم إلى من بعدهم لأنه حق يستحق بالتعصيب فيقدم الأقرب فالأقرب كالميراث وولاية النكاح، وهل يقدم من يدلي بالأبوين على من يدلي بالأب؟ على وجهين أحدهما: يقدم

---

(١) في نسخة على عصبة القاتلة.

لأنه يقدم في الميراث فقدم في العقل كتقديم الأخ على ابنه والثاني: يستويان لأن ذلك يستفاد بالتعصيب ولا أثر للأم في التعصيب، والأول أولى إن شاء الله تعالى. لأن قرابة الأم تؤثر في الترجيح والتقديم وقوة التعصيب لاجتماع القرابتين على وجه لا تنفرد كل واحدة بحكم، وذلك لأن القرابتين تنقسم إلى ما تنفرد منهما بحكم كابن العم إن كان أخاً من أم فإنه يرث بكل واحدة من القرابتين ميراثاً مفرداً يرث السدس بالأخوة ويرث بالتعصيب ببنوة العم، وحجب إحدى القرابتين لا يؤثر في حجب الأخرى. فهذا لا يؤثر في قوة ولا ترجيح ولذلك لا يقدم ابن العم الذي هو أخ من أم على غيره، وما لا ينفرد كل واحد منهما بحكم كابن العم من أبوين مع ابن عم من أب لا تنفرد إحدى القرابتين بميراث عن الأخرى فتؤثر في الترجيح وقوة التعصيب ولذلك أثرت في التقديم في الميراث فكذلك في غيره وبما ذكرناه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم، لأن النبي ﷺ جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة.

ولنا: إنه حكم تعلق بالتعصيب فوجب أن يقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث والخبر لا حجة فيه لأننا نقسمه على الجماعة إذا لم يف به الأقرب فنحمله على ذلك.

فصل: ولا يحمل العقل إلا من يعرف نسبه من القاتل أو يعلم أنه من قوم يدخلون كلهم في العقل، ومن لا يعرف ذلك منه لا يحمل وإن كان من قبيلته فلو كان القاتل قرشياً لم يلزم قريشاً كلهم التحمل فإن قريشاً وإن كانوا كلهم يرجعون إلى أب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون إلى أب يتميزون به فيعقل عنهم من يشاركهم في نسبهم إلى الأب الأدنى، ألا ترى أن الناس كلهم بنو آدم. فهم راجعون إلى أب واحد؟ لكن إن كان من فخذ واحد يعلم أن جميعهم يتحملون وجب أن يحمل جميعُهم سواء عرف أحدهم نسبه أو لم يعرف للعلم بأنه متحمل على أي وجه كان وإن لم يثبت نسب القاتل من أحد فالدية في بيت المال، لأن المسلمين يرثونه إذا لم يكن له وارث بمعنى أنه يؤخذ ميراثه لبيت المال فكذلك يعقلونه على هذا الوجه وإن وجد له من يحمل بعض العقل فالباقي في بيت المال كذلك.

فصل: ولا خلاف بين أهل العلم في أن العاقلة لا تكلف من المال ما يجحف بها ويشق عليها لأنه لازم لها من غير جنايتها على سبيل المواساة للقاتل والتخفيف عنه فلا يخفف عن الجاني بما يثقل على غيره ويجحف به كالزكاة، ولأنه لو كان الإجحاف مشروعاً كان الجاني أحق به لأنه موجب جنايته وجزاء فعله فإذا لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى، واختلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم فقال أحمد يحملون على قدر ما يطيقون، فعلى هذا لا يتقدر شرعاً وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد قدراً يسهل ولا يؤذي وهذا مذهب مالك، لأن التقدير لا يثبت إلا بتوقيف ولا يثبت بالرأي والتحكم ولا نص في هذه المسألة فوجب الرجوع فيها إلى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات وعن أحمد رواية أخرى أنه يفرض على الموسر نصف مثقال لأنه أقل مال يتقدر في الزكاة فكان معتبراً بها ويجب على المتوسط

ربع مثقال لأن ما دون ذلك تافه لكون اليد لا تقطع فيه وقد قالت عائشة رضي الله عنها لا تقطع اليد في الشيء التافه وما دون ربع دينار لا قطع فيه وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة أكثر ما يجعل على الواحد أربعة دراهم وليس لأقله حد، لأن ذلك مال يجب على سبيل المواساة للقرابة فلم يتقدر أقله كالنفقة، قال ويسوى بين الغني والمتوسط لذلك، والصحيح الأول لما ذكرنا من أن التقدير إنما يصار إليه بتوقيف ولا توقيف فيه وأنه يختلف بالغني والمتوسط كالزكاة والنفقة ولا يختلف بالقرب والبعد كذلك واختلف القائلون بالتقدير بنصف دينار وربعه، قال بعضهم يتكرر الواجب في الأعوام الثلاثة فيكون الواجب فيها على الغني ديناراً ونصفاً وعلى المتوسط ثلاثة أرباع دينار لأنه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة فيتكرر بتكرر الحول كالزكاة وقال بعضهم لا يتكرر لأن في إيجاب زيادة على النصف إيجاباً لزيادة على أقل الزكاة فيكون مضراً ويعتبر الغنى والتوسط عند رأس الحول لأنه حال الوجوب فاعتبر الحال عنده كالزكاة وإن اجتمع من عدد العاقلة في درجة واحدة عدد كثير قسم الواجب على جميعهم فيلزم الحاكم كل إنسان على حسب ما يراه وإن قل، وعلى الوجه الآخر يجعل على المتوسط نصف ما على الغني ويعم بذلك جميعهم وهذا أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر يخص الحاكم من شاء منهم فيفرض عليهم هذا القدر الواجب لئلا ينقص عن القدر الواجب ويصير إلى الشيء التافه ولأنه يشق فربما أصاب كل واحد قيراط فيشق جمعه.

ولنا: إنهم استووا في القرابة فكانوا سواء كما لو قلوا وكالميراث وأما التعلق بمشقة الجمع فغير صحيح، لأن مشقة زيادة الواجب أعظم من مشقة الجمع ثم هذا تعلق بالحكمة من غير أصل يشهد لها فلا يترك لها الدليل ثم هي معارضة بخفة الواجب على كل واحد وسهولة الواجب عليهم ثم لا يخلو من أن يخص الحاكم بعضهم بالاجتهاد أو بغير اجتهاد فإن خصه بالاجتهاد فعليه فيه مشقة وربما لم يحصل له معرفة الأولى منهم بذلك فيتعذر الإيجاب، وإن خصه بالتحكم أفضى إلى أنه يخير بين أن يوجب على إنسان شيئاً بشهوته من غير دليل وبين أن لا يوجب عليه ولا نظير له وربما ارتشى من بعضهم وربما امتنع من فرض عليه شيء من أدائه لكونه يرى مثله لا يؤدي شيئاً مع التساوي من كل الوجوه.

فصل: ومن مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء لا نعلم في هذا خلافاً لأنه مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة فأشبه الزكاة وإن وجد ذلك بعد الحول لم يسقط الواجب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يسقط بالموت لأنه خرج من أهلية الوجوب فأشبه ما لو مات قبل الحول.

ولنا: إنه حق تدخله النيابة لا يملك إسقاطه في حياته فأشبه الديون وفارق ما قبل الحول لأنه لم يجب ولم يستمر الشرط إلى حين الوجوب فأما إن كان فقيراً حال القتل فاستغنى عند الحول فقال القاضي يجب عليه لأنه وجد وقت الوجوب وهو من أهله ويخرج على هذا من كان صبياً فبلغ أو مجنوناً فأفاق عند الحول وجب عليه كذلك ويحتمل أن لا يجب لأنه لم يكن من أهل

الوجوب حالة السبب فلم يثبت الحكم فيه حالة الشرط كالكافر إذا ملك مالاً ثم أسلم عند الحول لم تلزمه الزكاة فيه.

مسألة: قال: (وليس على فقير من العاقلة ولا امرأة ولا صبي ولا زائل العقل حمل شيء من الدية)

أكثر أهل العلم على أنه لا مدخل من هؤلاء في تحمل العقل قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة والصبي الذي لم يبلغ لا يعقلان مع العاقلة وأجمعوا على أن الفقير لا يلزمه شيء وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكى بعض أصحابنا عن مالك وأبي حنيفة أن للفقير مدخلاً في التحمل وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد لأنه من أهل النصرة فكان من العاقلة كالغني والصحيح الأول لأن تحمل العقل مواساة فلا يلزم الفقير كالزكاة، ولأنها وجبت على العاقلة تخفيفاً عن القاتل فلا يجوز التثقيل بها على من لا جناية منه وفي إيجابها على الفقير تثقيل عليه وتكليف له ما لا يقدر عليه ولأننا أجمعنا على أنه لا يكلف أحد من العاقلة ما يثقل عليه ويجحف به وتحميل الفقير شيئا منها يثقل عليه ويجحف بماله وربما كان الواجب عليه جميع ماله أو أكثر منه أو لا يكون له شيء أصلاً وأما الصبي والمجنون والمرأة فلا يحملون منها لأن فيها معنى التناصر وليس هم من أهل النصرة.

فصل: ويعقل المريض إذا لم يبلغ حد الزمانة والشيخ إذا لم يبلغ حد الهرم لأنهما من أهل النصرة والمواساة وفي الزمن والشيخ الفاني وجهان:

أحدهما: لا يعقلان لأنهما ليسا من أهل النصرة ولهذا لا يجب عليهما الجهاد ولا يقتلان إذا كانا من أهل الحرب وكذلك يخرج في الأعمى لأنه مثلهما في هذا المعنى.

والثاني: يعقلون لأنهم من أهل المواساة ولهذا تجب عليهم الزكاة وهذا ينتقض بالصبي والمجنون ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا.

مسألة: قال: (ومن لم يكن له عاقلة أخذ من بيت المال فإن لم يقدر على ذلك فليس على القاتل شيء)

الكلام في هذه المسألة في فصلين: **أحدهما**: أن من لا عاقلة له هل يؤدي من بيت المال أو لا؟ فيه روايتان: **إحداهما**: يؤدى عنه وهو مذهب الزهري والشافعي لأن النبي ﷺ ودى الأنصاري الذي قتل بخيبر من بيت المال، وروي أن رجلاً قتل في زحام في زمن عمر فلم يعرف قاتله فقال علي لعمر يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرىء مسلم فأدى ديته من بيت المال ولأن المسلمين يرثون من لا وارث له فيعقلون عند عدم عاقلته كعصباته ومواليه.

والثانية: لا يجب ذلك لأن بيت المال فيه حق للنساء والصبيان والمجانين والفقراء ولا عقل عليهم فلا يجوز صرفه فيما لا يجب عليهم ولأن العقل على العصبات وليس بيت المال عصبة ولا

هو كعصبة هذا. فأما قتيل الأنصار فغير لازم لأن ذلك قتيل اليهود وبيت المال لا يعقل عن الكفار بحال وإنما النبي ﷺ تفضل عليهم وقولهم إنهم يرثونه قلنا ليس صرفه إلى بيت المال ميراثاً بل هو فيء ولهذا يؤخذ مال من لا وارث له من أهل الذمة إلى بيت المال ولا يرثه المسلمون ثم لا يجب العقل على الوارث إذا لم يكن عصبة ويجب على العصبة وإن لم يكن وارثاً فعلى الرواية الأولى إذا لم يكن له عاقلة أديت الدية عنه كلها من بيت المال وإن كان له عاقلة لا تحمل الجميع أخذ الباقي من بيت المال وهل تؤدى من بيت المال في دفعة واحدة أو في ثلاث سنين؟ على وجهين: **أحدهما**: في ثلاث سنين على حسب ما يؤخذ من العاقلة. **والثاني**: يؤدى دفعة واحدة وهذا أصح لأن النبي ﷺ أدى دية الأنصاري دفعة واحدة وكذلك عمر ولأن الدية بدل متلف لا تؤديه العاقلة فيجب كله في الحال كسائر بدل المتلفات وإنما أجل على العاقلة تخفيفاً عنهم ولا حاجة إلى ذلك في بيت المال ولهذا يؤدى الجميع.

الفصل الثاني: إذا لم يمكن الأخذ من بيت المال فليس على القاتل شيء وهذا أحد قولي الشافعي لأن الدية لزمت العاقلة ابتداء بدليل أنه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها ولا تجب على غير من وجبت عليه كما لو عدم القاتل فإن الدية لا تجب على أحد كذا ها هنا فعلى هذا إن وجد بعض العاقلة حملوا بقسطهم وسقط الباقي فلا يجب على أحد ويتخرج أن تجب الدية على القاتل إذا تعذر حملها عنه وهذا القول الثاني للشافعي لعموم قوله ﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] ولأن قضية الدليل وجوبها على الجاني جبراً للمحل الذي فوته وإنما سقط عن القاتل لقيام العاقلة مقامه في جبر المحل فإذا لم يؤخذ ذلك بقي واجباً عليه بمقتضى الدليل، ولأن المراد دائر بين أن يطل دم المقتول وبين إيجاب ديته على المتلف لا يجوز الأول لأن فيه مخالفة الكتاب والسنة وقياس أصول الشريعة فتعين الثاني ولأن إهدار الدم المضمون لا نظير له وإيجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر فإن المرتد لما لم يكن له عاقلة تجب الدية في ماله والذمي الذي لا عاقلة له تلزمه الدية ومن رمى سهماً ثم أسلم أو كان مسلماً فارتد أو كان عليه الولاء لموالي أمه فانجر إلى موالي أبيه ثم أصاب بسهم إنساناً فقتله كانت الدية في ماله لتعذر حمل عاقلته عقله كذلك ها هنا فنحرر منه قياساً فنقول: قتيل معصوم في دار الإسلام تعذر حمل عاقلته عقله فوجب على قاتله كهذه الصورة وهذا أولى من إهدار دماء الأحرار في أغلب الأحوال فإنه لا يكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها ولا سبيل إلى الأخذ من بيت المال فتضيع الدماء ويفوت حكم إيجاب الدية وقولهم إن الدية تجب على العاقلة ابتداء ممنوع وإنما تجب على القاتل ثم تتحملها العاقلة عنه، وإن سلمنا وجوبها عليهم ابتداء. لكن مع وجودهم أما مع عدمهم فلا يمكن القول بوجوبها عليهم ثم ما ذكروه منقوض بما أبديناه من الصور فعلى هذا تجب الدية على القاتل إن تعذر حمل جميعها أو باقيها إن حملت العاقلة بعضها والله أعلم.

مسألة: قال: (ودية الحر الكتابي نصف دية الحر المسلم ونساؤهم على النصف من دياتهم)

هذا ظاهر المذهب وهو مذهب عمر بن عبد العزيز وعروة ومالك وعمرو بن شعيب، وعن أحمد أنها ثلث دية المسلم إلا أنه رجع عنها فإن صالحاً روي عنه أنه قال كنت أقول دية اليهود والنصراني أربعة آلاف، وأنا اليوم أذهب إلى نصف دية المسلم حديث عمرو بن شعيب وحديث عثمان الذي يرويه الزهري عن سالم عن أبيه وهذا صريح في الرجوع عنه، وروي عن عمر وعثمان أن ديته أربعة آلاف درهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعكرمة وعمرو بن دينار والشافعي وإسحاق وأبو ثور لما روى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال: «دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف» وروي عن عمر رضي الله عنه جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ودية المجوسي ثمانمائة درهم، وقال علقمة ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة ديته كدية المسلم، وروي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود ومعاوية رضي الله عنهم، وقال ابن عبد البر: هو قول سعيد بن المسيب والزهري لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم» ولأن الله تعالى ذكر في كتابه دية المسلم فقال: ﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾ [النساء: ٩٢] وقال في الذمي مثل ذلك ولم يفرق فدل على أن ديتهما واحدة ولأنه ذكر حر معصوم فتكمل ديته كالمسلم.

ولنا: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: «دية المعاهد نصف دية المسلم» وفي لفظ «أن النبي ﷺ قضى أن عقل الكتابي نصف عقل المسلم» رواه الإمام أحمد، وفي لفظ: «دية المعاهد نصف دية الحر» قال الخطابي ليس في دية أهل الكتاب شيء أثبت من هذا ولا بأس بإسناده، وقد قال به أحمد وقول رسول الله ﷺ أولى ولأنه نقص مؤثر في الدية فأثر في تنصيفها كالأنوثة، وأما حديث عبادة فلم يذكره أهل السنن، والظاهر أنه ليس بصحيح، وأما حديث عمر فإنما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف ودليل ذلك ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب يومئذ النصف فهذا بيان وشرح مزيل للاشكال ففيه جمع للأحاديث فيكون دليلاً لنا ولو لم يكن كذلك لكان قول النبي ﷺ مقدماً على قول عمر وغيره بغير إشكال فقد كان عمر إذا بلغه عن النبي ﷺ سنة ترك قوله وعمل بها فكيف يسوغ لأحد أن يحتج بقوله في ترك قول رسول الله ﷺ؟ فأما ما احتج به الآخرون فإن الصحيح من حديث عمرو بن شعيب ما رويناه أخرجه الأئمة في كتبهم دون ما رووه، وأما ما رووه من أقوال الصحابة فقد روي عنهم خلافه فنحمل قولهم في إيجاب الدية كاملة على سبيل التغليظ قال أحمد إنما غلظ عثمان الدية عليه لأنه كان عمداً فلما ترك القود غلظ عليه وكذلك حديث معاوية ومثل هذا ما روي عن عمر رضي الله عنه حين انتحر رقيق حاطب ناقة لرجل مزني فقال لحاطب إني أراك تجيعهم لأغرمنك غرماً يشق عليك فأغرمه مثلي قيمتها، فأما ديات نسائهم فعلى النصف من دياتهم لا نعلم في هذا خلافاً، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل ولأنه لما كان دية نساء المسلم على النصف من دياتهم كذلك نساء أهل الكتاب على النصف من دياتهم.

فصل: وجراحاتهم من دياتهم كجراح المسلمين من دياتهم وتغلظ دياتهم باجتماع الحرمات عند من يرى تغليظ ديات المسلمين. قال حرب قلت لأبي عبد الله فإن قتل ذمياً في الحرم قال يزاد أيضاً على قدره كما يزاد على المسلم، وقال الأثرم قيل لأبي عبد الله جنى على مجوسي في عينه وفي يده، قال يكون بحساب ديته كما أن المسلم يؤخذ بالحساب فكذلك هذا قيل قطع يده، قال بالنصف من ديته.

مسألة: قال: (فإن قتلوه عمداً أضعفت الدية على قاتله المسلم لإزالة القود)

هكذا حكم عثمان بن عفان رضي الله عنه هذا يروى عن عثمان رواه أحمد عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه أن رجلاً قتل رجلاً من أهل الذمة فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه ألف دينار فصار إليه أحمد اتباعاً له وله نظائر في مذهبه فإنه أوجب على الأعور لما قلع عين الصحيح دية كاملة حين درأ القصاص عنه وأوجب على سارق التمر مثلي قيمته حين درأ عنه القطع، وهذا حكم النبي ﷺ في سارق التمر فيثبت مثله ها هنا، ولو كان القاتل ذمياً أو قتل ذمي مسلماً لم تضعف الدية عليه لأن القصاص عليه واجب في الموضعين، وجمهور أهل العلم على أن دية الذمي لا تضاعف بالعمد لعموم الأثر فيها ولأنها دية واجبة فلم تضاعف كدية المسلم أو كما لو كان القاتل ذمياً ولا فرق في الدية بين الذمي وبين المستأمن لأن كل واحد منهما كتابي معصوم الدم، وأما المرتد والحربي فلا دية لهما لعدم العصمة فيهما.

مسألة: قال: (ودية المجوسي ثمانمائة درهم ونساؤهم على النصف)

وهذا قول أكثر أهل العلم قال أحمد ما أقل ما اختلف في دية المجوسي؟ وممن قال ذلك عمر وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعطاء وعكرمة والحسن ومالك والشافعي وإسحاق، وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه قال ديته نصف دية المسلم كدية الكتابي لقول النبي ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» وقال النخعي والشعبي وأصحاب الرأي ديته كدية المسلم لأنه آدمي حر معصوم فأشبه المسلم.

ولنا: قول من سمينا من الصحابة، ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً فكان إجماعاً وقوله: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» يعني في أخذ جزيتهم حقن دمائهم بدليل أن ذبائحهم ونساءهم لا تحل لنا، ولا يجوز اعتباره بالمسلم ولا الكتابي لنقصان دينه وأحكامه عنهما فينبغي أن تنقص ديته كنقص المرأة عن دية الرجل، وسواء كان المجوسي ذمياً أو مستأمناً لأنه محقون الدم، ونساؤهم على النصف من دياتهم بإجماع، وجراح كل واحد معتبرة من ديته، وإن قتلوا عمداً أضعفت الدية على القاتل المسلم لإزالة القود، نص عليه أحمد قياساً على الكتابي.

فصل: فأما عبدة الأوثان وسائر من لا كتاب له كالـتراك ومن عبد مـا استحسن فلا ديـة لهم[1]، وإنمـا تحقن دماءهم بـالأمان، فـإذا قتل من لـه أمان منهم فـديته ديـة مجوسي لأنها أقـل الديات فلا تنقص عنها، ولأنه كافر ذو عهد لا تحل مناكحته فأشبه المجوسي.

فصل: ومن لم تبلغه الـدعوة من الكفـار إن وجد لم يجـز قتله حتى يدعى فـإن قتل قبـل الدعوة من غير أن يعطى أماناً فلا ضمان فيه، لأنه لا عهد له ولا إيمان فأشبه امرأة الحـربي وابنه الصغير، وإنما حرم قتله ليبلغه الدعوة، وهـذا قول أبي حنيفـة، وقال أبـو الخطاب: يضمن بمـا يضمن به أهل دينه، وهو مذهب الشافعي لأنـه محقون الـدم أشبه من لـه أمان، والأول أولى، فإن هذا ينتقض بصبيان أهل الحرب ومجانينهم، ولأنـه كافـر لا عهد لـه فلم يضمن كالصبيـان والمجانين، فأما إذا كان له عهد فله دية أهـل دينه، فـإن لم يعرف دينـه ففيه ديـة المجوسي لأنـه اليقين وما زاد مشكوك فيه.

مسألة: قال: (ودية الحرة المسلمة نصف دية الحـر المسلم)

قـال ابن المنذر وابن عبـد البر: أجمـع أهل العلم عـلى أن دية المـرأة نصف دية الـرجـل وحكى غيرهما عن ابن علية والأصم أنهما قالا: ديتها كدية الرجل لقوله عليه السلام: «في نفس المؤمنة مائة من الإبل» وهذا قول شاذ يخالف إجمـاع الصحابـة وسنة النبي ﷺ، فـإن في كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل، وهي أخص مما ذكروه وهما في كتاب واحد فيكون ما ذكرنا مفسـراً لما ذكـروه مخصصاً لـه، ودية نسـاء كل أهـل دين على النصف من ديـة رجالهم على ما قدمنا في موضعه.

مسألة: قال: (وتساوي جراح المرأة جـراح الرجـل إلى ثلث الديـة، فإن جـاوز الثلث فعلى النصف)

وروي هـذا عن عمر وابن عمـر وزيد بن ثـابت وبـه قـال سعيـد بن المسيب وعمـر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهري وقتادة والأعرج وربيعة ومالك. قال ابن عبـد البر: وهـو قول فقهاء المدينة السبعة وجمهور أهل المدينة. وحكي عن الشافعي في القـديم، وقال الحسن: يستويان إلى النصف وروي عن علي رضي الله عنه أنها على النصف فيما قـل وكثر، وروي ذلـك عن ابن سيرين، وبه قال الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن شبرمـة وأبو حنيفـة وأصحابـه وأبو ثور والشافعي في ظاهر مـذهبه واختـاره ابن المنذر لأنهما شخصـان تختلف ديتهما فـاختلف أرش أطرافهما كالمسلم والكافر، ولأنها جناية لها أرش مقـدر فكان من المـرأة على النصف من الـرجل كاليد وروي عن ابن مسعود أنه قال: تعاقل المرأة الرجل إلى النصف عشر الـدية فـإذا زاد على ذلك فهي على النصف لأنها تساويه في الموضحة.

---

(١) في نسخة فلا ذمة لهم.

ولنا: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها» أخرجه النسائي، وهو نص يقدم على ما سواه. وقال ربيعة: قلت لسعيد بن المسيب كم في أصبع المرأة؟ قال: عشر، قلت: ففي أصبعين؟ قال: عشرون. قلت: ففي ثلاث أصابع؟ قال: ثلاثون قلت: ففي أربع؟ قال: عشرون. قال قلت: لما عظمت مصيبتها قل عقلها؟ قال: هكذا السنة يا ابن أخي، وهذا مقتضى سنة رسول الله ﷺ» رواه سعيد بن منصور، ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم إذ لم ينقل عنهم خلاف ذلك إلا عن علي ولا نعلم ثبوت ذلك عنه ولأن ما دون الثلث يستوي فيه الذكر والأنثى بدليل الجنين فإنه يستوي فيه الذكر والأنثى فأما الثلث نفسه فهل يستويان فيه؟ على روايتين:

إحداهما: يستويان فيه، لأنه لم يعتبر حد القلة، ولهذا صحت الوصية به. وروي أنهما يختلفان فيه، وهو الصحيح لقوله عليه السلام «حتى يبلغ الثلث» وحتى للغاية، فيجب أن تكون مخالفة لما قبلها لقول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] ولأن الثلث في حد الكثرة لقوله عليه السلام: «الثلث والثلث كثير».

فصل: فأما دية نساء سائر أهل الأديان فقال أصحابنا: تساوي دياتهن ديات رجالهم إلى الثلث لعموم قوله عليه السلام: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها» ولأن الواجب دية امرأة فساوت دية الرجل من أهل دينها كالمسلمين ويحتمل أن تساوي المرأة الرجل إلى قدر ثلث دية الرجل المسلم لأنه القدر الكثير الذي يثبت فيه التنصيف في الأصل وهو دية المسلم.

مسألة: قال: (ودية العبد والأمة قيمتهما بالغة ما بلغ ذلك)

وقد تقدم شرح هذه المسألة فيما مضى ولا فرق في هذا الحكم بين القن من العبيد والمدبر والمكاتب وأم الولد. قال الخطابي: أجمع عوام الفقهاء على أن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم في جنايته والجناية عليه، إلا إبراهيم النخعي فإنه قال في المكاتب: يؤدي بقدر ما أدى من كتابته دية الحر، وما بقي دية العبد. وروي في ذلك شيء عن علي رضي الله عنه، وقد روى أبو داود في سننه، والإمام أحمد في مسنده قال: حدثنا محمد بن عبد الله ثنا هشام بن أبي عبد الله قال: حدثني يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس قال: قضى رسول الله ﷺ في المكاتب يقتل أنه يؤدي ما أدى من كتابته دية الحر وما بقي دية العبد. قال الخطابي: وإذا صح الحديث وجب القول به إذا لم يكن منسوخاً أو معارضاً بما هو أولى منه.

مسألة: قال: (ودية الجنين إذا سقط من الضربة ميتاً وكان من حرة مسلمة غرة عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل موروثة عنه كأنه سقط حياً)

يقال غرة عبد بالصفة وغرة عبد بالإضافة والصفة أحسن لأن الغرة اسم للعبد نفسه.

قال مهلهل:

كل قتيل في كليب غرة حتى ينال القتل إلى مرة

في هذه المسألة فصول خمسة أحدها: أن في جنين الحرة المسلمة غرة وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب وعطاء والشعبي والنخعي والزهري ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي. وقد روي عن عمر رضي الله عنه: «أنه استشار الناس في املاص المرأة فقال المغيرة بن شعبة شهدت النبي ﷺ قضى فيه بغرة عبد أو أمة، قال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة» وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ: أن دية جنينها عبد أو أمة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم» متفق عليه، والغرة عبد أو أمة سميا بذلك لأنهما من أنفس الأموال والأصل في الغرة الخيار.

فإن قيل: فقد روي في هذا الخبر «أو فرس أو بغل». قلنا: هذا لا يثبت رواه عيسى بن يونس ووهم فيه قاله أهل النقل، والحديث الصحيح المتفق عليه إنما فيه «عبد أو أمة».

فأما قول الخرقي: من حرة مسلمة. فإنما أراد أن جنين الحرة المسلمة لا يكون إلا حراً مسلماً فمتى كان الجنين حراً مسلماً ففيه الغرة، وإن كانت أمه كافرة أو أمة مثل أن يتزوج المسلم كتابية فإن جنينها منه محكوم بإسلامه وفيه الغرة، ولا يرث منها شيئاً لأنه مسلم، وولد السيد من أمته وولد المغرور من أمة حر، وكذلك لو وطئت الأمة بشبهة فولدها حر وفيه الغرة، فأما إن كان الجنين محكوماً برقة لم تجب فيه الغرة وسيأتي بيان حكمه، وأما جنين الكتابية والمجوسية إذا كان محكوماً بكفره ففيه عشر دية أمه. وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي.

قال ابن المنذر: ولم أحفظ عن غيرهم خلافهم، وذلك لأن جنين الحرة المسلمة مضمون بعشر دية أمه فكذلك جنين الكافرة، إلا أن أصحاب الرأي يرون أن دية الكافرة كدية المسلمة فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف، فإن كان أبوا الجنين كافرين مختلفاً دينهما كولد الكتاب من المجوسية والمجوسي من الكتابية اعتبرناه بأكثرهما دية فنوجب فيه عشر دية كتابية على كل حال، لأن ولد المسلمة من الكافرة معتبر بأكثرهما دية كذا ها هنا، ولا فرق فيما ذكرناه بين كون الجنين ذكراً أو أنثى، لأن السنة لم تفرق بينهما، وبه يقول الشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وعامة أهل العلم، ولو ضرب بطن كتابية حاملاً من كتابي فأسلم أحد أبويه ثم أسقطته ففيه الغرة في قول ابن حامد والقاضي وهو ظاهر كلام أحمد ومذهب الشافعي، لأن الضمان معتبر بحال استقرار الجناية والجنين محكوم بإسلامه عند استقرارها، وفي قول أبي بكر وأبي الخطاب: فيه عشر دية كتابية، لأن الجناية عليه في حال الغرة، وإن ضرب بطن أمة فأعتقت ثم ألقت الجنين، فعلى قول ابن حامد والقاضي فيه غرة، وفي قول أبي بكر وأبي الخطاب فيه عشر قيمة أمه. لأن الجناية عليه في حال كونه عبداً ويمكن منع كونه عبداً ويمكن منع كونه صار حراً لأن الظاهر تلفه بالجناية وبعد تلفه لا يمكن تحريره وعلى قول هذين يكون الواجب فيه لسيده وعلى

قول ابن حامد للسيد أقل الأمرين من الغرة أو عشر قيمة أمة لأن الغرة إن كانت أكثر لم يستحق الزيادة لأنها زادت بالحرية الحاصلة بزوال ملكه، وإن كانت أقل لم يكن له أكثر منها لأن النقص حصل بإعتاقه فلا يضمن له كما لو قطع يد عبد فأعتقه سيده ثم مات بسراية الجناية كان له أقل الأمرين من دية حر أو نصف قيمته وما فضل عن حق السيد لورثة الجنين، فأما إن ضرب بطن الأمة فأعتق السيد جنينها وحده نظرت فإن أسقطته حياً لوقت يعيش مثله ففيه دية حر نص عليه أحمد، وإن كان لوقت يعيش مثله ففيه غرة. لأنه حر على قول ابن حامد وعلى قول أبي بكر عليه عشر قيمة أمه، وإن أسقطته ميتاً ففيه عشر قيمة أمه لأننا لا نعلم كونه حياً حال إعتاقه، ويحتمل أن تجب عليه الغرة لأن الأصل بقاء حياته فأشبه ما لو أعتق أمه.

الفصل الثاني: أن الغرة إنما تجب إذا سقط من الضربة. ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب أو ببقائها متألمة إلى أن يسقط ولو قتل حاملاً لم يسقط جنينها أو ضرب من جوفها حركة أو انتفاخ فسكن الحركة وأذهبها لم يضمن الجنين، وبهذا قال مالك وقتادة والأوزاعي والشافعي وإسحاق وابن المنذر وحكي عن الزهري أن عليه الغرة لأن الظاهر أنه قتل الجنين فلزمته الغرة كما لو أسقطت.

ولنا: إنه لا يثبت حكم الولد إلا بخروجه ولذلك لا تصح له وصية ولا ميراث ولأن الحركة يجوز أن تكون لريح في البطن سكنت ولا يجب الضمان بالشك فأما إذا ألقته ميتاً فقد تحقق والظاهر تلفه من ضربة فيجب ضمانه سواء ألقته في حياتها أو بعد موتها وبهذا قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة إن ألقته بعد موتها لم يضمنه لأنه يجري مجرى أعضائها وبموتها سقط حكم أعضائها.

ولنا: إنه جنين تلف بجنايته وعلم ذلك بخروجه فوجب ضمانه كما لو سقط في حياتها ولأنه لو سقط حياً ضمنه فكذلك إذا سقط ميتاً كما لو أسقطته في حياتها وما ذكروه ليس بصحيح لأنه لو كان كذلك لكان إذا سقط ميتاً ثم ماتت لم يضمنه كأعضائها ولأنه آدمي موروث فلا يدخل في ضمان أمه كما لو خرج حياً. فأما إن ظهر بعضه من بطن أمه ولم يخرج باقيه ففيه الغرة، وبه قال الشافعي وقال مالك وابن المنذر لا تجب الغرة حتى تلقيه لأن النبي ﷺ إنما أوجب الغرة في الجنين الذي ألقته المرأة وهذه لم تلق شيئاً أشبه ما لو لم يظهر منه شيء.

ولنا: إنه قاتل لجنينها فلزمته الغرة كما لو ظهر جميعه. ويفارق ما لو لم يظهر منه شيء لأنه لم يتيقن قتله ولا وجوده. وكذلك إن ألقت يداً أو رجلاً أو رأساً أو جزءاً من أجزاء الآدمي وجبت الغرة لأنا تيقنا أنه من جنين وإن ألقت رأسين أو أربع أيد لم يجب أكثر من غرة لأن ذلك يجوز أن يكون من جنين واحد. ويجوز أن يكون من جنينين فلم تجب الزيادة مع الشك لأن الأصل براءة الذمة وكذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر فإن أسقطت ما ليس فيه صورة آدمي فلا شيء فيه لأنا لا نعلم أنه جنين. وإن ألقت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية ففيه غرة وإن شهدت أنه مبتدأ خلق آدمي لو بقي تصور ففيه وجهان: **أصحهما:** لا شيء فيه

لأنه لم يتصور فلم يجب فيه كالعلقة. ولأن الأصل براءة الذمة فلا تشغلها بالشك. **والثاني**: فيه غرة لأنه مبتدأ خلق آدمي أشبه ما لو تصور وهذا يبطل بالنطفة والعلقة.

الفصل الثالث: أن الغرة عبد أو أمة، وهذا قول أكثر أهل العلم وقال عروة وطاوس ومجاهد عبد أو أمة أو فرس لأن الغرة اسم لذلك. وقد جاء في حديث أبي هريرة قال: «قضى رسول الله ﷺ في الجنين بغرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل» وجعل ابن سيرين مكان الفرس مائة شاة ونحوه قال الشعبي لأنه روي في حديث عن النبي ﷺ أنه جعل في ولدها مائة شاة. رواه أبو داود. وروي عن عبد الملك بن مروان أنه قضى في الجنين إذا أملص بعشرين ديناراً فإذا كان مضغة فأربعين فإذا كان عظماً فستين فإذا كان العظم قد كسي لحماً فثمانين فإن تم خلقه وكسي شعره فمائة دينار قال قتادة: إذا كان علقة فثلث غرة وإذا كان مضغة فثلثي غرة.

ولنا: قضاء رسول الله ﷺ في إملاص المرأة بعبد أو أمة وسنة رسول الله ﷺ قاضية على ما خالفهم. وذكر الفرس والبغل في الحديث وهم انفرد به عيسى بن يونس عن سائر الرواة فالظاهر أنه وهم فيه وهو متروك في البغل بغير خلاف وكذلك في الفرس وهذا الحديث الذي ذكرناه أصح ماروي فيه وهو متفق عليه، وقد قال به أكثر أهل العلم فلا يلتفت إلى ما خالفه وقول عبد الملك بن مروان تحكم بتقدير لم يرد به الشرع، وكذلك قتادة وقول رسول الله ﷺ أحق بالاتباع من قولهما إذا ثبت هذا فإنه تلزمه الغرة فإن أراد دفع بدلها ورضي المدفوع إليه جاز لأنه حق آدمي فجاز ما تراضيا عليه وأيهما امتنع من قبول البدل فله ذلك لأن الحق فيها فلا يقبل بدلها إلا برضاهما وتجب الغرة سالمة من العيوب وإن قل العيب لأنه حيوان وجب بالشرع فلم يقبل فيه المعيب كالشاة في الزكاة لأن الغرة الخيار والمعيب ليس من الخيار ولا يقبل فيها هرمة ولا ضعيفة ولا خنثى ولا خصي. وإن كثرت قيمته لأن ذلك عيب. ولا يتقدر منّها في ظاهر كلام الخرقي. وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي وأبو الخطاب وأصحاب الشافعي لا يقبل فيها من له دون سبع سنين لأنه يحتاج إلى من يكفله له ويحضنه وليس من الخيار، وذكر بعض أصحاب الشافعي أنه لا يقبل فيها غلام بلغ خمسة عشر سنة لأنه لا يدخل على النساء ولا ابنة عشرين لأنها تتغير وهذا تحكم لم يرد الشرع به. فيجب أن لا يقبل وما ذكروه من الحاجة إلى الكفالة باطل بمن له فوق السبع، ولأن بلوغه قيمة الكبير مع صغره يدل على أنه خيار ولم يشهد لما ذكروه نص ولا له نظير يقاس عليه والشاب البالغ أكمل من الصبي عقلاً وبنية وأقدر على التصرف وأنفع في الخدمة وقضاء الحاجة وكونه لا يدخل على النساء إن أريد به النساء الأجنبيات بلا حاجة إلى دخوله عليهن وإن أريد به سيدته فليس بصحيح. فإن الله تعالى قال: ﴿لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النور: ٥٨] ثم لو لم يدخل على النساء لحصل من نفعه أضعاف ما يحصل من دخوله وفوات شيء إلى ما هو أنفع منه لا يعد فواتاً كمن اشترى بدرهم ما يساوي عشرة لا يعد فواتاً ولا خسراناً ولا يعتبر لون الغرة. وذكر عن أبي عمرو بن العلاء أن الغرة لا تكون إلا بيضاء ولا يقبل عبد أسود ولا جارية سوداء.

ولنا: إن النبي ﷺ قضى بعبد أو أمة وأطلق مع غلبة السواد على عبيدهم وإمائهم ولأنه حيوان يجب دية فلم يعتبر لونه كالإبل في الدية.

الفصل الرابع: أن الغرة قيمتها نصف عشر الدية وهي خمس من الإبل وروي ذلك عن عمر وزيد رضي الله عنهما، وبه قال النخعي والشعبي وربيعة وقتادة ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي، ولأن ذلك أقل ما قدره الشرع في الجنايات وهو أرش الموضحة ودية السن فرددناه إليه فإن قيل: فقد وجب في الأنملة ثلاثة أبعرة وثلث وذلك دون ما ذكرتموه قلنا الذي نص عليه صاحب الشريعة غرة قيمتها أرش الموضحة وهو خمس من الإبل، وإذا كان أبوا الجنين كتابيين ففيه غرة قيمتها نصف قيمة الغرة الواجبة في المسلم وفي جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهماً وإذا تعذر وجود غرة بهذه الدراهم وجبت الدراهم لأنه موضع حاجة. وإذا اتفق نصف عشر الدية من الأصول كلها بأن تكون قيمتها خمساً من الإبل وخمسين ديناراً أو ستمائة درهم فلا كلام، وإن اختلفت قيمة الإبل فنصف عشر الدية من غيرها مثل أن كانت قيمة الإبل أربعين ديناراً أو أربعمائة درهم. فظاهر كلام الخرقي أنها تقوم بالإبل لأنها الأصل وعلى قول غيره من أصحابنا تقوم بالذهب أو الورق فجعل قيمتها خمسين ديناراً أو ستمائة درهم فإن اختلفا قومت على أهل الذهب به وعلى أهل الورق به فإن كان من أهل الذهب والورق جميعاً قومها من هي عليه بما شاء منهما، لأن الخيرة إلى الجاني في دفع ما شاء من الأصول ويحتمل أن تقوم بأدناهما على كل حال لذلك وإذا لم يجد الغرة انتقل إلى خمس من الإبل على قول الخرقي. وعلى قول غيره ينتقل إلى خمسين ديناراً أو ستمائة درهم.

الفصل الخامس: أن الغرة موروثة عن الجنين كأنه سقط حياً لأنها دية له وبدل عنه فيرثها ورثته كما لو قتل بعد الولادة، وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي. وقال الليث لا تورث بل تكون بدله لأمه لأنه كعضو من أعضائها فأشبه يدها.

ولنا: إنها دية آدمي حر فوجب أن تكون موروثة عنه كما لو ولدته حياً ثم مات وقوله إنه عضو من أعضائها لا يصح لأنه لو كان عضواً لدخل بدله في دية أمه كيدها ولما منع القصاص من أمه وإقامة الحد عليها من أجله ولما وجبت الكفارة بقتله ولما صح عتقه دونها ولا عتقها دونه ولا تصور حياته بعد موتها، ولأن كل نفس تضمن بالدية تورث كدية الحي فعلى هذا إذا أسقطت جنيناً ميتاً ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثتها وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه وإن خرج حياً ثم مات قبلها ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثتها وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه وإن خرج حياً ثم ماتت قبله ثم مات أو ماتت ثم خرج حياً ثم مات ورثها ثم يرثه ورثته وإن اختلف وراثهما في أولهما موتاً فحكمهما حكم الغرقى على ما ذكر في موضعه ويجيء على قول الخرقي في المسألة التي ذكرها إذا ماتت امرأة وابنها أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويختصوا بميراثه وإن ألقت جنيناً ميتاً أو حياً ثم مات ثم ألقت آخر حياً ففي الميت غرة وفي الحي الأول دية كاملة إذا كان سقوطه لوقت يعيش

مثله ويرثهما الآخر ثم يرثه ورثته إن مات وإن كانت الأم قد ماتت بعد الأول وقبل الثاني فإن دية الأول ترث منها الأم والجنين الثاني ثم إذا مات الأم ورثها الثاني ثم يصير ميراثه لورثته، وإن ماتت الأم بعدهما ورثتهما جميعاً.

فصل: وإذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنة ففي كل واحدة غرة، وبهذا قال الزهري ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر قال ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لأنه ضمان آدمي فتعدد بتعدده كالديات وإن ألقتهم أحياء في وقت يعيشون في مثله ثم ماتوا ففي كل واحدة دية كاملة وإن كان بعضهم حياً فمات وبعضهم ميتاً ففي الحي دية وفي الميت غرة.

فصل: وتحمله العاقلة دية الجنين إذا مات مع أمه، نص عليه أحمد إذا كانت الجناية عليها خطأ أو شبه عمد لما روى المغيرة بن شعبة أن رسول الله ﷺ قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة على عصبة القاتلة وإن كان قتل الأم عمداً أو مات الجنين وحده لم تحمله العاقلة وقال الشافعي تحمله العاقلة على كل حال بناء على قوله إن العاقلة تحمل القليل والكثير والجناية على الجنين ليست تعمد لأنه لا يتحقق وجوده ليكون مقصوداً بالضرب.

ولنا: إن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث على ما ذكرناه وهذا دون الثلث وإذا مات وحده أو من جناية عمد فدية أمه على قاتلها فكذلك ديته لأن الجناية لا يحمل بعض ديتها الجاني وبعضها غيره فيكون الجميع على القاتل كما لو قطع عمداً فسرت الجناية إلى النفس.

مسألة: قال: (وإن كان الجنين مملوكاً ففيه عشر قيمة أمه سواء كان الجنين ذكراً أو أنثى)

وجملة ذلك: أنه إذا كان جنين الأمة مملوكاً فسقط من الضربة ميتاً ففيه عشر قيمة أمه هذا قول الحسن وقتادة ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر وبنحوه قال النخعي والزهري، وقال زيد بن أسلم يجب فيه نصف عشر غرة وهو خمسة دنانير، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه يجب فيه نصف عشر قيمته إن كان ذكراً وعشر قيمته إن كان أنثى لأن الغرة واجبة في جنين الحرة نصف عشر دية الرجل وعشر دية الأنثى وهذا متلف فاعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه، ولأنه جنين مضمون تلف بالضربة فكان فيه نصف عشر الواجب فيه إذا كان ذكراً كبيراً وعشر الواجب إذا كان أنثى كجنين الحرة، وقال محمد بن الحسن مذهب أهل المدينة يفضي إلى أن يجب في الجنين الميت أكثر من قيمته إذا كان حياً.

ولنا: أنه جنين مات بالجناية في بطن أمه فلم يختلف ضمانه بالذكورة والأنوثة كجنين الحرة ودليلهم نقلبه عليهم فنقول جنين مضمون تلف بالجناية فكان الواجب فيه عشر ما يجب في أمه كجنين الحرة وما ذكروه من مخالفة الأصل معارض بأن مذهبهم يفضي إلى تفضيل الأنثى على الذكر وهو خلاف الأصول ولأنه لو اعتبر بنفسه لوجبت قيمته كلها كسائر المضمونات بالقيمة، ولأن مخالفتهم أشد من مخالفتنا لأننا اعتبرناه إذا كان ميتاً بأمه وإذا كان حياً بنفسه فجاز أن تزيد قيمة الميت على الحي مع اختلاف الجهتين كما جاز أن يزيد البعض على الكل في أن من

قطع أطراف إنسان الأربعة كان الواجب عليه أكثر من دية النفس كلها وهم فضلوا الأنثى على الذكر مع اتحاد الجهة وأوجبوا فيما يضمن بالقيمة عشر قيمته تارة ونصف عشرها أخرى وهذا لا نظير له. إذا ثبت هذا فإن قيمة أمه معتبرة يوم الجناية وعليها وهذا منصوص الشافعي، وقال بعض أصحابه تقوم حين أسقطت لأن الاعتبار في ضمان الجناية بالاستقرار ويتخرج لنا وجه كذلك.

ولنا: إنه لم يتحلل بين الجناية وحال الاستقرار ما يوجب تغيير بدل النفس فكان الاعتبار بحال الجناية كما لو جرح عبداً ثم نقصت السوق لكثرة الجلب ثم مات فإن الاعتبار بقيمته يوم الجناية ولأن قيمتها تتغير بالجناية وتنقص فلم تقوم في حال نقصها الحاصل بالجناية كما لو قطع يدها فماتت من سرايتها أو قطع يدها فمرضت بذلك ثم اندملت جراحتها.

فصل: وولد المدبرة والمكاتبة والمعتقة بصفة وأم الولد إذا حملت من غير مولاها حكمه حكم ولد الأمة لأنه مملوك ولا تحمل العاقلة شيئاً من ذلك لأن العاقلة لا تحمل عبداً بحال. فأما جنين المعتق بعضها فهو كهي فيه من الحرية مثل ما فيها فإذا كان نصفها حراً فنصفه حر فيه نصف غرة لورثته وفي النصف الباقي نصف عشر قيمة أمه لسيده.

فصل: وإن وطىء أمه بشبهة أو غر بأمة فتزوجها وأحبلها فضربها ضارب فألقت جنيناً فهو حر وفيه غرة موروثه عنه لورثته وعلى الواطىء عشر قيمتها لسيدها لأنه لولا اعتقاد الحرية لكان هذا الجنين مملوكاً لسيده على ضاربه عشر قيمة أمه فلما انعتق بسبب الوطء فقد حال بين سيدها وبين هذا القدر فألزمناه ذلك للسيد سواء كان بقدر الغرة أو أكثر منها أو أقل.

فصل: إذا سقط جنين ذمية قد وطئها مسلم وذمي في طهر واحد وجب فيه اليقين وهو ما في جنين الذمي فإن ألحق بعد ذلك بالذمي فقد وفى ما عليه وإن ألحق بمسلم فعليه تمام الغرة، وإن ضرب بطن نصرانية فأسقطت وادعت أو ادعى ورثته أنه من مسلم حملت به من وطء شبهة أو زنا فاعترف الجاني فعليه غرة كاملة وإن كان مما تحمله العاقلة فاعترف أيضاً فالغرة عليها وإن أنكرت حلفت وعليها ما في جنين الذميين والباقي على الجاني لأنه ثبت باعترافه والعاقلة لا تحمل اعترافاً، وإن اعترفت العاقلة دون الجاني فالغرة عليها مع دية أمه، وإن أنكر الجاني والعاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم أننا لا نعلم أن هذا الجنين من مسلم ولا تلزمهم اليمين على البت لأنها يمين على النفي في فعل الغير فإذا حلفوا وجبت دية ذمي لأن الأصل ولدها تابع لها ولأن الأصل براءة الذمة، وإن كان مما لا تحمله العاقلة فالقول قول الجاني وحده مع يمينه، ولو كانت النصرانية امرأة مسلم فادعى الجاني أن الجنين من ذمي بوطء شبهة أو زنا فالقول قول ورثة الجنين لأن الجنين محكوم بإسلامه فإن الولد للفراش.

فصل: وإذا كانت الأمة بين شريكين فحملت بمملوك فضربها أحدهما فأسقطت فعليه كفارة لأنه أتلف آدمياً ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة أمه ويسقط ضمان نصيبه لأنه ملكه وإن أعتقها الضارب بعد ضربها وكان معسراً ثم أسقطت عتق نصيبه منها ومن ولدها وعليه

لشريكه نصف عشر قيمة الأم وعليه نصف غرة من أجل النصف الذي صار حراً يورث عنه بمنزلة مال الجنين ترث أمه منه بقدر ما فيها من الحرية.

والباقي لباقي ورثته هذا قول القاضي وقياس قول أبي بكر وأبي الخطاب لا يجب على الضارب ضمان ما أعتقه لأنه حين الجناية لم يكن مضموناً عليه والاعتبار في الضمان بحال الجناية وهي الضرب ولهذا اعتبرنا قيمة الأم حال الضرب وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وهذا أصح إن شاء الله لأن الإتلاف حصل بفعل غير مضمون فأشبه ما لو جرح حربياً فأسلم ثم مات بالسراية ولأن موته يحتمل أن يكون قد حصل بالضرب فلا يتجدد ضمانه بعد موته والأصل براءة ذمته وإن كان المعتق موسراً سرى العتق إليها وإلى جنينها وفي الضمان الوجهان فعلى قول القاضي في الجنين غرة موروثة عنه وعلى قياس قول أبي بكر عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة أمه ولا يضمن أمه لأنه قد ضمنها بإعتاقها فلا يضمنها بتلفها وإن كان المعتق الشريك الذي لم يضرب وكان معسراً فلا ضمان على الشريك في نصيبه لأن العتق لم يسر إليه وعليه في نصيب شريكه من الجنين نصف غرة يرثها ورثته على قول القاضي وعلى قياس أبي بكر يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة أمه يكون لسيده اعتباراً بحال الجناية. وكذلك الحكم في ضمان الأم إذا ماتت من الضربة، وإن كان المعتق موسراً سرى العتق إليهما وصارا حرين وعلى المعتق ضمان نصف الأم، ولا يضمن نصف الجنين لأنه يدخل في ضمان الأم كما يدخل في بيعها، وعلى الضارب ضمان الجنين بغرة موروثة عنه على قول القاضي وعلى قياس قول أبي بكر يضمن نصيب الشريك بنصف عشر قيمة أمه وليس عليه ضمان نصيبه لأنه ملكه حال الجناية عليه، وأما ضمان الأم ففي أحد الوجهين فيها دية حرة لسيدها منها أقل الأمرين من ديتها أو قيمتها وعلى الآخر يضمنها بقيمتها لسيدها كما تقدم من قطع يد عبد ثم أعتق ومات.

فصل: ولو ضرب بطن أمته ثم أعتقها ثم أسقطت جنيناً ميتاً لم يضمنه في قياس قول أبي بكر لأن جنايته لم تكن مضمونة في ابتدائها فلم يضمن سرايتها كما لو خرج مرتداً فأسلم ثم مات، ولأن موت الجنين يحتمل أنه حصل بالضربة في مملوكه ولم يتجدد بعد العتق ما يوجب الضمان، وعلى قول ابن حامد عليه غرة لا يرث منها شيئاً لأن اعتبار الجناية بحال استقرارها، ولو كانت الأمة لشريكين فضرباها ثم أعتقاها معاً فوضعت جنيناً ميتاً فعلى قول أبي بكر على كل واحد منهما نصف عشر قيمة أمه لشريكه لأن كل واحد منهما جنى على الجنين ونصفه له فسقط عنه ضمانه ولزم ضمان نصفه الذي لشريكه بنصف عشر قيمة أمه اعتباراً بحال الجناية وعلى قول ابن حامد على كل واحد منهما نصف الغرة للأم منها الثلث وباقيها للورثة ولا يرث القاتل منها شيئاً.

فصل: إذا ضرب ابن المعتقة الذي أبوه عبد بطن امرأة ثم أعتق أبوه ثم أسقطت جنيناً وماتت احتمل أن تكون ديتها في مال الجاني على ما تقدم ذكره واحتمل أن تكون الدية على مولى الأم وعصباته في قياس قول أبي بكر اعتباراً بحال الجناية، وعلى قياس قول ابن حامد على

مولى الأب وأقاربه اعتباراً بحال الإسقاط، وإن ضرب ذمي بطن امرأته الذمية ثم أسلم ثم أسقطت لم تحمله عاقلته وإن ماتت معه فكذلك لأن عاقلته المسلمين لا يعقلون عنه لأنه كان حين الجناية ذمياً وأهل الذمة لا يعقلون عنه لأنه حين الإسقاط مسلم، ويحتمل أن يكون عقله في قياس أبي بكر على عاقلته من أهل الذمة اعتباراً بحال الجناية ويكون في الجنين ما يجب في الجنين الكافر لأنه حين الجناية محكوم بكفره، وعلى قياس قول ابن حامد تجب فيه غرة كاملة، ويكون عقله وعقل أمه على عاقلته المسلمين اعتباراً بحال الاستقرار.

مسألة: قال: (وإن ضرب بطنها فألقت جنيناً حياً ثم مات من الضربة ففيه دية حر إن كان حراً أو قيمته إن كان مملوكاً إذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله وهو أن يكون لستة أشهر فصاعداً)

هذا قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن في الجنين يسقط حياً من الضرب دية كاملة منهم زيد بن ثابت وعروة والزهري والشعبي وقتادة وابن شبرمة ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لأنه مات من جنايته بعد ولادته في وقت يعيش لمثله فأشبه قتله بعد وضعه. وفي هذه المسألة ثلاثة فصول:

أحدها: أنه إنما يضمن بالدية إذا وضعته حياً، ومتى علمت حياته ثبت له هذا الحكم سواء ثبتت باستهلاله أو ارتضاعه أو بنفسه أو عطاسه أو غيره من الأمارات التى تعلم بها حياته هذا ظاهر قول الخرقي وهو مذهب الشافعي، وروي عن أحمد أنه لا يثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال وهذا قول الزهري وقتادة ومالك وإسحاق، وروي معنى ذلك عن عمر رضي الله عنه وابن عباس والحسن بن علي وجابر رضي الله عنهم لقول النبي ﷺ قال: «إذا استهل المولود ورث وورث» مفهومه أنه لا يرث إذا لم يستهل. والاستهلال الصياح قاله ابن عباس والقاسم والنخعي لأن النبي ﷺ قال: «ما من مولود يولد إلا مسه الشيطان فيستهل صارخاً إلا مريم وابنها» فلا يجوز غير ما قاله رسول الله ﷺ والأصل في تسمية الصياح استهلالاً أن من عادة الناس أنهم إذا رأوا الهلال صاحوا وأراه بعضهم بعضاً فسمي صياح المولود استهلالاً لأنه في ظهوره بعد خفائه كالهلال وصياحه كصياح من يتراءاه.

ولنا: إنه علمت حياته فأشبه المستهل، والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم في سائر الصور لأن شربه اللبن أدل على حياته من صياحه وعطاسه صوت منه كصياحه وأما الحركة والاختلاج المنفرد فلا يثبت به حكم الحياة لأنه قد يتحرك بالاختلاج وسبب آخر وهو خروجه من مضيق فإن اللحم يختلج سيما إذا عصر ثم ترك فلم تثبت بذلك حياته.

الفصل الثاني: أنه إنما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة ويحصل ذلك بسقوطه في الحال وموته متألماً إلى أن يموت أو بقاء أمه متألمة إلى أن تسقطه فيعلم بذلك موته بالجناية كما لو ضرب رجلاً فمات عقيب ضربه أو بقي ضمناً حتى مات وإن ألقته حياً فجاء آخر فقتله وكان فيه حياة مستقرة فعلى الثاني القصاص إذا كان عمداً أو الدية كاملة، وإن لم يكن فيه حياة

مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الأول وعليه الدية كاملة وعلى الثاني الأدب وإن وقع الجنين حياً ثم بقي زمناً سالماً لا ألم به لم يضمنه الضارب لأن الظاهر أنه لم يمت من جنايته.

الفصل الثالث: أن الدية الكاملة إنما تجب فيه إذا كان سقوطه لستة أشهر فصاعداً فإن كان لدون ذلك ففيه غرة كما لو سقط متألماً وبهذا قال المزني، وقال الشافعي فيه دية كاملة لأننا علمنا حياته، وقد تلف من جنايته.

ولنا: إنه لم تعلم فيه حياة يتصور بقاؤه بها فلم تجب فيه دية كما لو ألقته ميتاً وكالمذبوح وقولهم إننا علمنا حياته قلنا: وإذا سقط ميتاً وله ستة أشهر فقد علمنا حياته أيضاً.

فصل: وإذا ادعت امرأة على إنسان أنه ضربها فأسقطت جنينها فأنكر الضرب فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم الضرب وإن أقر بالضرب أو قامت به بينة وأنكر أن تكون أسقطت فالقول قوله أيضاً مع يمينه لأنه لا يعلم أنها أسقطت ولا تلزمه اليمين على البت لأنها يمين على فعل الغير والأصل عدمه، وإن ثبت الإسقاط والضرب ببينة أو إقرار فادعى أنها أسقطته من غير ضربة نظرنا فإن كانت أسقطت عقيب ضربه فالقول قولها، لأن الظاهر أنه منه لوجوده عقيب شيء يصلح أن يكون سبباً له وإن ادعى أنها ضربت نفسها أو شربت دواء أو فعل ذلك غيرها فحصل الإسقاط فأنكرته فالقول قولها مع يمينها، لأن الأصل عدم ذلك وإن أسقطت بعد الضرب بأيام نظرنا فإن كانت متألمة إلى حين الإسقاط فالقول قولها وإن لم تكن متألمة فالقول قوله مع يمينه كما لو ضرب إنساناً فلم يبق متألماً ولا ضمنا ومات بعد أيام وإن اختلفا في وجود التألم فالقول قوله لأن الأصل عدمه وإن كانت متألمة في بعض المدة فادعى أنها برئت وزال ألمها وأنكرت ذلك فالقول قولها، لأن الأصل بقاؤه وإن ثبت إسقاطها من الضربة فادعت سقوطه حياً وأنكرها فالقول قوله مع يمينه إلا أن تقوم لها بينة باستهلاله، لأن الأصل عدم ذلك وإن ثبتت حياته فادعت أنه لوقت يعيش مثله وأنكرها فالقول قولها مع يمينها، لأن ذلك لا يعرف إلا من جهتها ولا يمكن إقامة البينة عليه فقبل قولها فيه كانقضاء عدتها ووجود حيضها وطهرها وإن أقامت بينة باستهلاله وأقام الجاني بينة بعدم استهلاله قدمت بينتها لأنها مثبتة فتقدم على النافية لأن المثبتة معها زيادة علم وإن ادعت أنه مات عقيب إسقاطه وادعى أنه عاش مدة فالقول قولها، لأن الأصل عدم حياته وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الجاني لأن معها زيادة علم وإن ثبت أنه عاش مدة فادعت أنه بقي متألماً حتى مات وأنكر ذلك فالقول قوله لأن الأصل عدم التألم وإن أقاما بينتين قدمت بينتها لأن معها زيادة علم ويقبل في استهلال الجنين وسقوطه وبقائه متألماً وبقاء أمه متألمة قول امرأة واحدة لأنه مما لا يطلع عليه الرجال فإن الغالب أنه لا يشهد الولادة إلا النساء والاستهلال يتصل بها وهن يشهدن حال المرأة وولادتها وحال الطفل ويعرفن علله وأمراضه وقوته وضعفه دون الرجال وإن اعترف الجاني باستهلاله أو ما يوجب فيه دية كاملة لم تحمله العاقلة وكانت الدية في مال الجاني لأن

العاقلة لا تحمل اعترافاً وإن كان مما تحمل العاقلة فيه الغرة فعلى العاقلة غرة وباقي الدية في مال القاتل.

فصل: وإن انفصل منها جنينان ذكر وأنثى فاستهل أحدهما واتفقوا على ذلك واختلفوا في المستهل فقال الجاني هو الأنثى وقال وارث الجنين هو الذكر فالقول قول الجاني مع يمينه، لأن الأصل عدم الاستهلال من الذكر وبراءة ذمته من الزائد على دية الأنثى فإن كان لأحدهما بينة قدم بها، وإن كان لكل واحد منهما بينة وجبت دية الذكر لأن البينة قد قامت باستهلاله والبينة المعارضة لها نافية له والإثبات مقدم على النفي، فإن قيل فينبغي أن تجب دية الذكر والأنثى قلنا لا تجب دية الأنثى، لأن المستحق لها لم يدعها وهو مكذب للبينة الشاهدة بها وإن ادعى الاستهلال منهما ثبت ذلك بالبينتين وإن لم تكن بينة فاعترف الجاني باستهلال الذكر فأنكرت العاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم فإذا حلفوا كانت عليهم دية الأنثى وغرة إن كانت تحمل الغرة وعلى الضارب تمام دية الذكر وهو نصف الدية لا تحمله العاقلة لأنه ثبت باعترافه وإن اتفقوا على أن أحدهما استهل ولم يعرف بعينه لزم العاقلة دية أنثى لأنها متيقنة وتمام دية الذكر مشكوك فيه والأصل براءة الذمة منه فلم يجب بالشك ويجب الغرة في الذي لم يستهل.

فصل: إذا ضربها فألقت يداً ثم ألقت جنيناً فإن كان إلقاؤهما متقارباً أو بقيت المرأة متألمة إلى أن ألقته دخلت اليد في ضمان الجنين، لأن الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى إلى نفسه فأشبه ما لو قطع يد رجل وسرى القطع إلى نفسه ثم إن كان الجنين سقط ميتاً أو حياً لا يعيش لمثله ففيه غرة وإن ألقته حياً لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة وإن بقي حياً فلم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتها بمنزلة من قطع يد رجل فاندملت، وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي يسأل القوابل فإن قلن إنها يد من لم تخلق فيه الحياة ففيها نصف الغرة وإن قلن يد من خلقت فيه الحياة ففيها نصف الدية.

ولنا: إن الجنين إنما يتصور بقاء الحياة فيه إذا كان حياً قبل ولادته بمدة طويلة أقلها شهران على ما دل عليه حديث الصادق المصدوق، في أنه تنفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر وأقل ما يبقى بعد ذلك شهران لأنه لا يحيى إذا وضعته لأقل من ستة أشهر والكلام مفروض فيما إذا لم يتخلل بين الضربة والإسقاط مدة تزيل ظن سقوطه بها فيعلم حينئذ أنها كانت بعد وجود الحياة فيه وأما إن ألقت اليد وزال الألم ثم ألقت الجنين ضمن اليد وحدها بمنزلة من قطع يداً فاندملت ثم مات صاحبها ثم ننظر فإن ألقته ميتاً أو لوقت لا يعيش مثله ففي اليد نصف غرة لأن جميعه غرة ففي يده نصف ديته وإن ألقته حياً لوقت يعيش مثله ثم مات أو عاش وكان بين إلقاء اليد وبين إلقائه مدة يحتمل أن تكون الحياة لم تخلق فيها أري القوابل ها هنا فإن قلن إنها يد من لم تخلق فيها الحياة وجب نصف غرة وإن قلن إنها يد من خلقت فيه الحياة ومضى له ستة أشهر ففيه نصف الدية وإن قيل إنها يد من خلقت الحياة ولم تمض له ستة أشهر وجب فيه نصف غرة لأنها يد من لا يجب فيه أكثر من غرة فأشبهت يد من لم ينفخ فيه روح وإن أشكل الأمر عليهن وجب نصف الغرة لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك.

مسألة: قال: (وعلى كل من ضرب ممن ذكرت عتق رقبة مؤمنة سواء كان الجنين حياً أو ميتاً)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء والزهري والحكم ومالك والشافعي وإسحاق قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من أهل العلم أوجب على ضارب بطن المرأة تلقي جنيناً الرقبة مع الغرة، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه وقال أبو حنيفة لا تجب الكفارة لأن النبي ﷺ لم يوجب الكفارة حين أوجب الغرة.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وقال: ﴿وإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وهذا الجنين إن كان من مؤمنين أو أحد أبويه فهو محكوم بإيمانه تبعاً يرثه ورثته المؤمنون ولا يرث الكافر منه شيئاً وإن كان من أهل الذمة فهو من قوم بيننا وبينهم ميثاق ولأنه نفس مضمون بالدية فوجبت فيه الرقبة كالكبير وترك ذكر الكفارة لا يمنع وجوبها كقوله عليه السلام: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل» وذكر الدية في مواضع ولم يذكر الكفارة ولأن النبي ﷺ قضى بدية المقتولة على عاقلة القاتلة ولم يذكر كفارة وهي واجبة كذا ها هنا وإنما كان كذلك لأن الآية أغنت عن ذكر الكفارة في موضع آخر فاكتفى بها وإن ألقت المضروبة أجنة ففي كل جنين كفارة كما أن في كل جنين غرة أو دية وإن اشترك جماعة في ضرب امرأة فألقت جنيناً فديته أو الغرة عليهم بالحصص وعلى كل واحد منهم كفارة كما إذا قتل جماعة رجلاً واحداً وإن ألقت أجنة فدياتهم عليهم بالحصص وعلى كل واحد في كل جنين كفارة فلو ضرب ثلاثة بطن امرأة فألقت ثلاثة أجنة فعليهم تسع كفارات على كل واحد ثلاثة.

مسألة: قال: (وإذا شربت الحامل دواء فألقت به جنيناً فعليها غرة لا ترث منها شيئاً وتعتق رقبة)

ليس في هذه الجملة اختلاف بين أهل العلم نعلمه إلا ما كان من قول من لم يوجب عتق الرقبة على ما قدمنا وذلك لأنها أسقطت الجنين بفعلها وجنايتها فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جنى عليه غيرها ولا ترث من الغرة شيئاً لأن القاتل لا يرث المقتول وتكون الغرة لسائر ورثته وعليها عتق رقبة كما قدمنا ولو كان الجاني المسقط للجنين أباه أو غيره من ورثته فعليه غرة لا يرث منها شيئاً ويعتق رقبة وهذا قول الزهري والشافعي وغيرهما.

فصل: وإن جنى على بهيمة فألقت جنينها ففيه ما نقصها في قول عامة أهل العلم وحكي عن أبي بكر أن فيه عشر قيمة أمه لأنه جناية على حيوان يملك بيعه أسقطت جنينه أشبه جنين الأمة وهذا لا يصح لأن الجناية على الأمة تقدر من قيمتها ففي يدها نصف قيمتها وفي موضحتها نصف عشر قيمتها بقدر الجناية من قيمتها كبعض أعضائها والبهيمة إنما يجب في الجناية عليها قدر نقصها فكذلك في جنينها ولأن الأمة آدمية ألحقت بالأحرار في تقدير أعضائها من ديتها والبهيمة بخلاف ذلك.

مسألة: قال: (وإذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل رجلاً فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث الدية وعلى كل واحد منهم عتق رقبة مؤمنة في ماله)

أما عتق رقبة على كل واحد منهم فلا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم لأن كل واحد منهم مشارك في إتلاف آدمي معصوم والكفارة لا تتبعض فكملت في حق كل واحد منهم ثم لا يخلو من حالين: **أحدهما**: أن يقتل واحداً منهم، **والثاني**: أن يقتل واحداً من غيرهم فعلى كل واحد عتق رقبة كما ذكرنا والدية على عواقلهم أثلاثاً لأن العاقلة تحمل الثلث فما زاد سواء قصدوا رمي واحد بعينه أو رمي جماعة أو لم يقصدوا ذلك إلا أنهم إن لم يقصدوا قتل آدمي معصوم فهو خطأ ديته دية الخطأ وإن قصدوا رمي جماعة أو واحد بعينه فهو شبه عمد لأن قصد الواحد بعينه بالمنجنيق لا يكاد يفضي إلى إتلافه فتكون ديته مغلظة على العاقلة إلا أنها في ثلاث سنين وعلى قول أبي بكر لا تحمل العاقلة دية شبه العمد فلا تحمله ها هنا. **والثاني**: أن يصيب رجلاً منهم فعلى كل واحد كفارة أيضاً ولا تسقط عمن أصابه الحجر لأنه شارك في قتل نفس مؤمنة والكفارة إنما تجب لحق الله تعالى فوجبت عليه بالمشاركة في نفسه كوجوبها بالمشاركة في قتل غيره، وأما الدية ففيها ثلاثة أوجه: **أحدها**: أن على عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته لورثة المقتول لأن كل واحد منهم مشارك في قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالأجانب وهذا ينبني على إحدى الروايتين في أن جناية المرء على نفسه أو أهله خطأ يحمل عقلها عاقلته.

الوجه الثاني: ما قابل فعل المقتول ساقط لا يضمنه أحد لأنه شارك في إتلاف حقه فلم يضمن ما قابل فعله كما لو شارك في قتل بهيمته أو عبده وهذا الذي ذكره القاضي في المجرد ولم يذكر غيره وهو مذهب الشافعي.

الثالث: أن يلغى فعل المقتول في نفسه وتجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين، قال أبو الخطاب هذا قياس المذهب بناء على مسألة المتصادمين، والذي ذكره القاضي أحسن وأصح في النظر وقد روي نحوه عن علي رضي الله عنه في مسألة القارصة والقابضة والواقصة، قال الشعبي وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فارن فركبت إحداهن على عنق أخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقمصت فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فماتت فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقضى بالدية أثلاثاً على عواقلهن وألغى الثلث الذي قابل فعل الواقصة لأنها أعانت على قتل نفسها وهذه شبيهة بمسألتنا ولأن المقتول مشارك في القتل فلم تكمل الدية على شريكيه كما لو قتلوا واحداً من غيرهم وإن رجع الحجر فقتل اثنين من الرماة فعلى الوجه الأول تجب ديتهما على عواقلهما أثلاثاً وعلى كل واحد كفارتان وعلى الوجه الثاني تجب على عاقلة الحي منهم لكل ميت ثلث ديته وعلى عاقلة كل واحد من الميتين ثلث دية صاحبه ويلغى فعله في نفسه وعلى الوجه الثالث على عاقلة الحي لكل واحد من الميتين نصف الدية وتجب على عاقلة كل واحد من الميتين الدية لصاحبه.

مسألة: قال: (وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة في أموالهم)

هذا هو الصحيح في المذهب سواء كان المقتول منهم أو من غيرهم إلا أنه إذا كان منهم يكون فعل المقتول في نفسه هدراً لأنه لا يجب عليه لنفسه شيء ويكون باقي الدية في أموال شركائه حالاً لأن التأجيل في الديات إنما يكون فيما تحمله العاقلة وهذا لا تحمله العاقلة لأنها لا تحمل ما دون الثلث والقدر اللازم لكل واحد دون الثلث وذكر أبو بكر فيها رواية أخرى أن العاقلة تحملها لأن الجناية فعل واحد أوجب دية تزيد على الثلث والصحيح هو الأول لأن كل واحد منهم يختص بموجب فعله دون فعل شركائه وحمل العاقلة إنما شرع للتخفيف عن الجاني فيما يشق ويثقل وما دون الثلث يسير على ما أسلفناه والذي يلزم كل واحد أقل من الثلث، وأما قوله إنه فعل واحد قلنا بل هي أفعال، لأن فعل كل واحد غير فعل الآخر وإنما موجب الجميع واحد فأشبه ما لو جرحه كل واحد جرحاً فأتت النفس بجميعها.

إذا ثبت هذا فالضمان يتعلق بمن مد الحبال ورمى الحجر دون وضعه في الكفة وأمسك الخشبة اعتباراً بالمباشر كمن وضع سهماً في قوس رجل ورماه صاحب القوس فالضمان على الرامي دون الواضع.

فصل: إذا سقط رجل في بئر فسقط عليه آخر فقتله فعليه ضمانه لأنه قتله فضمنه كما لو رمى عليه حجراً ثم ينظر فإن كان عمد رمي نفسه عليه وهو مما يقتل غالباً فعليه القصاص وإن كان مما لا يقتل غالباً فهو شبه عمد وإن وقع خطأً فالدية على عاقلته مخففة، وإن مات الثاني بوقوعه على الأول فدمه هدر لأنه مات بفعله وقد روى علي بن رباح اللخمي أن رجلاً كان يقود أعمى فوقع في بئر فخر البصير ووقع الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى فكان الأعمى ينشد في الموسم:

فيا أيها الناس لقيت منكراً هل يعقل الأعمى الصحيح المبصرا؟
خرا معاً كلاهما تكسرا

وهذا قول ابن الزبير وشريح والنخعي والشافعي وإسحاق، ولو قال قائل ليس على الأعمى ضمان البصير لأنه الذي قاده إلى المكان الذي وقعا فيه وكان سبب وقوعه عليه ولذلك لو فعله قصداً لم يضمنه بغير خلاف وكان عليه ضمان الأعمى ولو لم يكن سبباً لم يلزمه ضمان بقصده لكان له وجه إلا أن يكون مجمعاً عليه فلا تجوز مخالفة الإجماع ويحتمل أنه إنما لم يجب الضمان على القائد لوجهين:

أحدهما: أنه مأذون فيه من جهة الأعمى فلم يضمن ما تلف به كما لو حفر له بئراً في داره بإذنه فتلف بها.

الثاني: أنه فعل مندوب إليه مأمور به فأشبه ما لو حفر بئراً في سابلة ينتفع بها المسلمون فإنه لا يضمن ما تلف بها.

فصل: فإن سقط رجل في بئر فتعلق بآخر فوقعا معاً فدم الأول هدر لأنه مات من فعله وعلى عاقلته دية الثاني إن مات لأنه قتله بجذبته فإن تعلق الثاني بثالث فماتوا جميعاً فلا شيء على

الثالث وعلى عاقلة الثاني ديته في أحد الوجهين لأنه جذبه وباشره بالجذب والمباشرة تقطع حكم السبب كالحافز مع الدافع. والثاني: ديته على عاقلة الأول والثاني نصفين، لأن الأول جذب الثاني الجاذب للثالث فصار مشركاً للثاني في إتلافه.

ودية الثاني على عاقلة الأول في أحد الوجهين لأنه هلك بجذبته وإن هلك بسقوط الثالث عليه فقد هلك بجذبة الأول وجذبة نفسه للثالث فسقط فحل نفسه كالمصطدمين وتجب ديته بكمالها على الأول ذكره القاضي.

والوجه الثاني: يجب على الأول نصف ديته ويهدر نصفها في مقابلة فعل نفسه وهذا مذهب الشافعي، ويتخرج وجه ثالث وهو وجوب نصف ديته على عاقلته لورثته كما قلنا فيما إذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فقتل الحجر أحدهم، وأما الأول إذا مات بوقوعهما عليه ففيه الأوجه الثلاثة لأنه مات من جذبته وجذبة الثاني للثالث فتجب ديته كلها على عاقلة الثاني ويلغى فعل نفسه على الوجه الأول، وعلى الثاني يهدر نصف ديته المقابل لفعل نفسه ويجب نصفها على الثاني، وعلى الثالث يجب نصفها على عاقلته لورثته، وإن جذب الثالث رابعاً فمات جميعهم بوقوع بعضهم على بعض فلا شيء على الرابع لأنه لم يفعل شيئاً في نفسه ولا غيره، وفي ديته وجهان:

أحدهما: أنها على عاقلة الثالث والمباشر لجذبه.

والثاني: على عاقلة الأول والثاني والثالث لأنه مات من جذب الثلاثة فكانت ديته على عواقلهم، وأما الأول فقد مات بجذبته وجذبة الثاني وجذبة الثالث ففيه ثلاثة أوجه: **أحدها**: أنه يلغي فعل نفسه وتجب ديته على عاقلة الثاني والثالث نصفين. **الثاني**: يجب على عاقلتهما ثلثاها ويسقط ما قابل فعل نفسه. **الثالث**: يجب ثلثها على عاقلته لورثته وأما الجاذب الثاني فقد مات بالأفعال الثلاثة وفيه هذه الأوجه المذكورة في الأول سواء، وأما الثالث ففيه مثل هذه الأوجه الثلاثة ووجهان آخران.

أحدهما: أن ديته بكمالها على الثاني لأنه المباشر لجذبه فسقط فعل غيره بفعله.

والثاني: أن على عاقلته نصفها ويسقط النصف الثاني في مقابلة فعله في نفسه.

فصل: وإن وقع بعضهم على بعض فماتوا نظرت فإن كان موتهم بغير وقوع بعضهم على بعض مثل أن يكون البئر عميقاً يموت الواقع فيه بنفس الوقوع أو كان فيه ماء يغرق الواقع فيقتله أو أسد يأكلهم فليس على بعضهم ضمان بعض لعدم تأثير فعل بعضهم في هلاك بعض، وإن شككنا في ذلك لم يضمن بعضهم بعضاً لأن الأصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك، وإن كان موتهم بوقوع بعضهم على بعض فدم الرابع هدر لأن غيره لم يفعل فيه شيئاً وإنما هلك بفعله وعليه دية الثالث لأنه قتله بوقوعه عليه ودية الثانية عليه وعلى الثالث نصفين ودية الأولى على الثلاثة أثلاثاً.

فصل: وإن هلكوا بأمر في البئر مثل أسد كان فيه وكان الأول جذب الثاني والثاني جذب الثالث والثالث جذب الرابع فقتلهما الأسد فلا شيء على الرابع وديته على عاقلة الثالث في أحد الوجهين وفي الثاني على عواقل الثلاثة أثلاثاً، ودم الأول هدر وعلى عاقلته دية الثاني، وأما دية الثالث فعلى الثاني في أحد الوجهين وفي الآخر على الأول والثاني نصفين، وهذه المسألة تسمى مسألة الزبية وقد روى حنش الصنعاني أن قوماً من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسهم فهوى فيها واحد فجذب ثانياً فجذب الثاني الثالث ثم جذب الثالث رابعاً فقتلهم الأسد فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقال للأول ربع الدية لأنه هلك فوقه ثلاثة وللثاني ثلث الدية لأنه هلك فوقه اثنان وللثالث نصف الدية لأنه هلك فوقه واحد وللرابع كمال الدية وقال فإني أجعل الدية على من حضر رأس البئر فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: «هو كما قال» رواه سعيد بن منصور قال حدثنا أبو عوانة وأبو الأحوص عن سماك بن حرب عن حنش بنحو هذا المعنى قال أبو الخطاب فذهب أحمد إلى ذلك توقيفاً على خلاف القياس والقياس ما ذكرناه.

فصل: ويجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة فإذا حفر بئراً في طريق لغير مصلحة المسلمين أو في ملك غيره بغير إذنه أو وضع في ذلك حجراً أو حديدة أو صب فيه ماء أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه وهلك فيه إنسان أو دابة ضمنه لأنه تلف بعدوانه فضمنه كما لو جنى عليه، روي عن شريح أنه ضمن رجلاً حفر بئراً فوقع فيها رجل فمات، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال النخعي والشعبي وحماد والثوري والشافعي وإسحاق، وإن وضع رجل حجراً وحفر آخر بئراً أو نصب سكيناً فعثر بالحجر فوقع في البئر أو على السكين فهلك فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين لأن واضع الحجر كالدافع له، وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده. وبهذا قال الشافعي. ولو وضع رجل حجراً ثم حفر عنده آخر بئراً أو نصب سكيناً فعثر بالحجر فسقط عليهما فهلك احتمل أن يكون الحكم كذلك لما ذكرنا. واحتمل أن يضمن الحافر وناصب السكين لأن فعلهما متأخر عن فعله فأشبه ما لو كان زلق فيه مائع وهو واقف فحل وكاءه إنسان وأماله آخر فسال ما فيه كان الضمان على الآخر منهما، وإن وضع إنسان حجراً أو حديدة في ملكه أو حفر فيه بئراً فدخل إنسان بغير إذنه فهلك به فلا ضمان على المالك لأنه لم يتعد وإنما الداخل هلك بعدوان نفسه وإن وضع حجراً في ملكه ونصب أجنبي فيه سكيناً أو حفر بئراً بغير إذنه فعثر رجل بالحجر فوقع على السكين أو في البئر فالضمان على الحافر وناصب السكين لتعديهما إذا لم يتعلق الضمان بواضع الحجر لانتفاء عدوانه، وإن اشترك جماعة في عدوان تلف به شيء فالضمان عليهم، وإن وضع اثنان حجراً وواحد حجراً فعثر بها إنسان فهلك فالدية على عواقلهم أثلاثاً في قياس المذهب وهو قول أبي يوسف، لأن السبب حصل من الثلاثة أثلاثاً فوجب الضمان عليهم وإن اختلفت أفعالهم كما لو جرحه واحد جرحين وجرحه اثنان جرحين فمات بهما، وقال زفر على الاثنين النصف وعلى واضع الحجر وحده النصف لأن فعله مساو لفعلهما، وإن حفر إنسان بئراً ونصب آخر فيها

سكيناً فوقع إنسان في البئر على السكين فمات فقال ابن حامد الضمان على الحافر لأنه بمنزلة الدافع وهذا قياس المسائل التي قبلها. ونص أحمد رحمه الله على أن الضمان عليهما قال أبو بكر لأنهما في معنى الممسك والقاتل الحافر كالممسك وناصب السكين كالقاتل فيخرج من هذا أن يجب الضمان على جميع المتسببين في المسائل السابقة.

فصل: وإن حفر بئراً في ملك نفسه أو في ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه لأنه غير متعد بحفرها وإن حفرها في موات لم يضمن لأنه غير متعد بحفرها وكذلك إن وضع حجراً أو نصب شركاً أو شبكة أو منجلاً ليصيد بها، وإن فعل شيئاً من ذلك في طريق ضيق فعليه ضمان من هلك به لأنه متعد، وسواء أذن له الإمام فيه أو لم يأذن فإنه ليس للإمام الإذن فيما يضر بالمسلمين، ولو فعل ذلك الإمام لضمن ما تلف به لتعديه، وإن كان الطريق واسعاً فحفر في مكان منها ما يضر بالمسلمين فعليه الضمان كذلك وإن حفر في موضع لا ضرر فيه نظرنا فإن حفرها لنفسه ضمن ما تلف بها سواء حفرها بإذن الإمام أو غير إذنه، وقال أصحاب الشافعي إن حفرها بإذن الإمام لم يضمن لأن للإمام أن يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز أن يأذن في القعود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه.

ولنا: إنه تلف بحفر حفرة في حق مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن له الإمام، ولا نسلم أن للإمام أن يأذن في هذا وإنما يأذن في القعود لأن ذلك لا يدوم وتمكن إزالته في الحال فأشبه القعود في المسجد ولأن القعود جائز من غير إذن الإمام بخلاف الحفر وإن حفر البئر لنفع المسلمين مثل أن يحفره لينزل فيه ماء المطر من الطريق أو لتشرب منه المارة ونحوها فلا ضمان عليه لأنه محسن بفعله غير متعد بحفره فأشبه باسط الحصير في المسجد، وذكر بعض أصحابنا أنه لا يضمن إذا كان بإذن الإمام، وإن كان بغير إذنه ففيه روايتان:

إحداهما: لا يضمن فإن أحمد قال في رواية إسحاق بن إبراهيم إذا أحدث بئراً لماء المطر ففيه نفع للمسلمين أرجو أن لا يضمن.

والثانية: يضمن أومأ إليه أحمد لأنه إفتات على الإمام ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية والصحيح هو الأول لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق استئذان الإمام فيه وتعم البلوى به ففي وجوب استئذان الإمام فيه تفويت لهذه المصلحة العامة لأنه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة استئذانه وكلفة الحفر معاً فتضيع هذه المصلحة فوجب إسقاط استئذانه كما في سائر المصالح العامة من بسط حصير في مسجد أو تعليق قنديل فيه أو وضع سراج أو رمي شعث فيه وأشباه ذلك. وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بنى بناء يضر إما لكونه في طريق ضيق أو في واسع يضر بالمارة أو بنى لنفسه فقد تعدى ويضمن ما تلف به، وإن بنى في طريق واسع في موضع لا يضر البناء فيه لنفع المسلمين كبناء مسجد يحتاج إليه للصلاة فيه في زاوية ونحوها فلا ضمان عليه وسواء في ذلك كله أذن فيه الإمام أو لم يأذن، ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر لأن الحفر تدعو الحاجة إليه لنفع

الطريق وإصلاحها وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فجرى حفرها مجرى تنقيتها وحفر هدفه منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصى في حفرة منها ليملأها ويسهلها بإزالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليه أو يعبروا عليه فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به. لا أعلم فيه خلافاً. وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر، ويحتمل أن يعتبر استئذان الإمام لأن مصلحته لا يعم وجودها بخلاف غيره، وإن سقف مسجداً أو فرش بارية فيه أو نصب عليه باباً أو جعل فيه رفاً لينفع أهله أو علق فيه قنديلاً أو بنى فيه حائطاً فتلف به شيء فلا ضمان عليه، وقال أصحاب الشافعي إن فعل شيئاً من ذلك بغير إذن الإمام ضمن في أحد الوجهين، وقال أبو حنيفة يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران.

ولنا: أنه فعل أحسن به ولم يتعد فيه فلم يضمن ما تلف به كما لو أذن فيه الإمام والجيران ولأن هذا مأذون فيه من جهة العرف لأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يجب ضمان كالمأذون فيه نطقاً.

فصل: وإن حفر العبد بئراً في ملك إنسان بغير إذنه أو في طريق يتضرر به ثم أعتقه سيده ثم تلف بها شيء ضمنه العبد. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة الضمان على سيده لأن الجناية هي الحفر في حال رقه وكان ضمان جنايته حينئذ على سيده فلا يزول ذلك بعتقه كما لو جرح في حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه.

ولنا: إن التلف الموجب للضمان وجد بعد إعتاقه فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفاً في حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ما قاسوا عليه، لأن الإتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه، وها هنا حصل بعد عتقه وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الأسباب التي يجب بها الضمان.

فصل: وإذا حفر إنسان بئراً في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ضمن ما تلف جميعه، وهذا قياس مذهب الشافعي. وقال أبو حنيفة يضمن ما قابل نصيب شريكه فلو كان له شريكان لضمن ثلثي التالف لأنه تعدى في نصيب شريكيه، وقال أبو يوسف عليه نصف الضمان لأنه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين كما لو جرحه واحد جرحاً وجرحه آخر جرحين.

ولنا: إنه متعد بالحفر فضمن الواقع فيها كما لو كان في ملك غيره والشركة أوجبت تعديه بجميع الحفر فكان موجباً لجميع الضمان ويبطل ما ذكره أبو يوسف بما لو حفره في طريق مشترك فإن له فيها حقاً ومع ذلك يضمن الجميع، والحكم فيها إذا أذن له بعض الشركاء في الحفر دون بعض كالحكم فيها إذا حفر في ملك مشترك بينه وبين غيره لكونه لا يباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع.

فصل: وإذا حفر بئراً في ملك إنسان أو وضع فيه ما يتعلق به الضمان فأبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ففيه وجهان: **أحدهما**: يبرأ، لأن المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن ما تلف به، فإذا أبرأه من الضمان وأذن فيه زال عنه الضمان كما لو اقترن الإذن بالحفر. **والآخر**: لا

ينتفي عنه الضمان لأنه سبب موجب للضمان فلا يزول حكمه بالإبراء كسائر الأسباب ولأن حصول الضمان به لكونه تعدى بحفره والإبراء لا يزيل ذلك، لأن ما مضى لا يمكن تغييره عن الصفة التي وقع عليها، ولأن وجوب الضمان ليس بحق للمالك الإبراء منه كما لو أبرأه غير المالك، ولأنه إبراء مما لم يجب فلم يصح كالإبراء من الشفعة قبل البيع.

فصل: وإن استأجر أجيراً فحفر في ملك غيره بغير إذنه وعلم الأجير ذلك فالضمان عليه لأنه متعد متعداً بالحفر وليس له فعل ذلك بأجرة ولا غيرها فتعلق الضمان به كما لو أمره غيره بالقتل فقتل، وإن لم يعلم فالضمان على المستأجر لأنه غره فتعلق الضمان به كالإثم وكذلك الحكم في البناء ونحوه، ولو استأجر أجيراً ليحفر له في ملكه بئراً أو ليبني له فيها بناء فتلف الأجير بذلك لم يضمنه المستأجر وبهذا قال عطاء والزهري وقتادة وأصحاب الرأي ويشبه مذهب الشافعي لقول النبيّ ﷺ: «البئر جبار» ولأنه لم يتلفه وإنما فعل الأجير باختيار نفسه فعلاً أفضى إلى تلفه فأشبه ما لو فعله تبرعاً من عند نفسه إلا أن يكون الأجير استأجره بغير إذن سيده أو صبياً بغير إذن وليه فيضمنه لأنه متعد باستعماله متسبب إلى إتلاف حق غيره.

فصل: فإن حفر إنسان في ملكه بئراً فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان على الحافر لأنه لا عدوان منه وإن دخل بإذنه والبئر مكشوفة والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضاً، لأن الواقع هو الذي أهلك نفسه فأشبه ما لو قدم إليه سيف فقتل به نفسه وإن كان الداخل أعمى أو كانت في ظلمة لا يبصرها الداخل أو غطى رأسه فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها فعليه ضمانه. وبهذا قال شريح والشعبي والنخعي وحماد ومالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال في الآخر لا يضمنه لأنه هلك بفعل نفسه.

ولنا: إنه تلف بسببه فضمنه كما لو قدم له طعاماً مسموماً فأكله وبهذا ينتقض ما ذكروه وإن اختلفا فقال صاحب الدار: ما أذنت لك في الدخول وادعى ولي الهالك أنه أذن له فالقول قول المالك لأنه منكر، وإن قال: كانت مكشوفة، وقال الآخر: كانت مغطاة فالقول قول ولي الواقع، لأن الظاهر معه فإن الظاهر أنها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها ويحتمل أن القول قول المالك لأن الأصل براءة ذمته فلا تشتغل بالشك ولأن الأصل عدم تغطيتها.

فصل: وإذا بنى في ملكه حائطاً مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شيء وسقط على شيء فأتلفه ضمنه لأنه متعد بذلك فإنه ليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك، ولأنه يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه فأشبه ما لو نصب فيه منجلاً يصيد به، وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً، وإن بناه في ملكه مستوياً أو مائلاً إلى ملكه فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لأنه لم يتعد ببنائه ولا حصل منه تفريط بإبقائه وإن مال قبل وقوعه إلى ملكه ولم يتجاوزه فلا ضمان عليه لأنه بمنزلة بنائه مائلاً في ملكه وإن مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أو إلى ملك إنسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره نظرنا فإن لم يمكنه نقضه فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد ببنائه ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه فأشبه

ما لو سقط من غير ميل فإن أمكنه نقضه فلم ينقضه لم يخل من حالين أحدهما: أن يطالب بنقضه، والثاني: أن لا يطالب به فإن لم يطالب به لم يضمن في المنصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الشافعي ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي لأنه بناه في ملكه والميل حادث بغير فعله فأشبه ما لو وقع قبل ميله وذكر بعض أصحابنا فيه وجهاً آخر أن عليه الضمان وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق لأنه متعد بتركه مائلاً فضمن ما تلف به كما لو بناه مائلاً إلى ذلك ابتداء ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف ولو لم يكن ذلك موجباً للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلاً أو كان مائلاً إلى ملكه، وأما أن طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا: يضمن وقد أومأ إليه أحمد وهو مذهب مالك ونحوه قال الجسن والنخعي والثوري وقال أبو حنيفة الاستحسان أن يضمن، لأن حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فلهم المطالبة بإزالته فإذا لم يزله ضمن كما لو وضع عدلاً على حائط نفسه فوقع في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به إنسان وفيه وجه آخر لا ضمان عليه قال أبو حنيفة وهو القياس لأنه بناه في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه ما لو لم يطالبه بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه ولأنه لو وجب الضمان لم تشترط المطالبة كما لو بناه مائلاً إلى غير ملكه فإن قلنا عليه الضمان إذا طولب فإن المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان إذا كان ميله إلى الطريق لأن لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط إلى ملك جماعة كان لكل واحد منهم المطالبة وإذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجله له الإمام لم يسقط عنه الضمان، لأن الحق الجميع المسلمين فلا يملك واحد منهم إسقاطه وإن كانت المطالبة لمستأجر الدار أو مرتهنها أو مستعيرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لأنهم لا يملكون النقض وليس الحائط ملكاً لهم وإن طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وإن أمكنه استرجاعها كالمعسر والمودع والراهن إذا أمكنه فكاك الرهن فلم يفعل ضمن لأنه أمكنه النقض وإن كان المالك محجوراً عليه لسفه أو صغر أو جنون فطولب هو لم يلزمه الضمان لأنه ليس أهلاً للمطالبة وإن طولب وليه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك لأن سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل وإن كان الملك مشتركاً بين جماعة فطولب أحدهم بنقضه احتمل وجهين: أحدهما: لا يلزمه شيء لأنه لا يمكنه نقضه بدون إذنهم فهو كالعاجز عن نقضه.

والثاني: يلزمه بحصته لأنه يتمكن من النقض بمطالبة شركائه وإلزامهم النقض فصار بذلك مفرطاً، وأما إن كان ميل الحائط إلى ملك آدمي معين إما واحد وإما جماعة فالحكم على ما ذكرنا إلا أن المطالبة للمالك أو ساكن الملك الذي مال إليه دون غيره، وإن كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبته كما لو طالب واحد بنقض المائل إلى الطريق إلا أنه متى طالب ثم أجله صاحب الملك أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التي مال إليها جاز لأن الحق له وهو يملك إسقاطه، وإن مال إلى درب غير نافذ فالحق لأهل الدرب والمطالبة لهم لأن الملك لهم

ويلزم النقض بمطالبة أحدهم ولا يبرأ بإبرائه وتأجيله إلا أن يرضى بذلك جميعهم لأن الحق لجميعهم.

فصل: وإذا تقدم إلى صاحب الحائط بنقضه فباعه مائلاً فلا ضمان على بائعه لأنه ليس بملك له ولا على المشتري لأنه لم يطالب بنقضه وكذلك إن وهبه وأقبضه وإن قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد وإذا وجب الضمان وكان التالف به آدمياً فالدية على عاقلته فإن أنكرت عاقلته كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم العقل إلا أن يثبت ذلك ببينة، ولأن الأصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب الشك وإن اعترف صاحب الحائط لزمه الضمان دونهم لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً وكذلك إن أنكروا مطالبته بنقضه فالحكم على ما ذكرنا وإن كان الحائط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم، لأن دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر. والظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى.

فصل: وإن لم يمل الحائط لكن تشقق فإن لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه وكان حكمه في هذا حكم الصحيح لأنه لم يخف سقوطه فأشبه الصحيح وإن خيف وقوعه مثل أن تكون شقوقه بالعرض فحكمه حكم المائل لأنه يخاف منه التلف فأشبه المائل.

فصل: وإذا أخرج إلى الطريق النافذ جناحاً أو ساباطاً فسقط أو شيء منه على شيء فأتلفه فعلى المخرج ضمانه وقال أصحاب الشافعي: إن وقعت خشبة ليست مركبة على حائطه وجب ضمان ما أتلفت، وإن كانت مركبة على حائطه وجب نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فانقسم الضمان عليهما.

ولنا: إنه تلف بما أخرجه إلى حق الطريق فضمنه كما لو بنى حائطه مائلاً إلى الطريق فأتلف أو أقام خشبة في ملكه مائلة إلى الطريق أو كما لو سقطت الخشبة التي ليست موضوعة على الحائط، ولأنه إخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذي ذكرنا، ولأنه تلف بعدوانه فضمنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق. والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض ولو كان مباحاً لم يضمن به كسائر المباحات، ولأن هذه خشبة لو انقصف الخارج منها وسقط فأتلف ضمن ما أتلف فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التي يجب الضمان فيها ولأننا لم نعلم موضعاً يجب الضمان كله ببعض الخشبة ويجب نصفه بجميعها، وإن كان إخراج الجناح إلى درب غير نافذ بغير إذن أهله ضمن ما أتلفه، وإن فعل ذلك بإذنهم فلا ضمان عليه لأنه مباح له غير معتد فيه.

فصل: وإن أخرج ميزاباً إلى الطريق فسقط على إنسان أو شيء فأتلفه ضمنه وبهذا قال أبو حنيفة، وحكي عن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه لأنه غير متعد بإخراجه فلم يضمن ما تلف به كما لو أخرجه إلى ملكه وقال الشافعي: إن سقط كله فعليه نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وإن انقصف الميزاب فسقط منه ما خرج عن الحائط ضمن جميع ما تلف به لأنه كله في غير ملكه.

ولنا: ما سبق في الجناح ولا نسلم أن إخراجه مباح فإنه أخرج إلى هواء ملك غيره شيئاً يضر به فأشبه ما لو أخرجه إلى ملك آدمي معين بغير إذنه فأما إن أخرج إلى ملك آدمي معين شيئاً من جناح أو ساباط أو ميزاب أو غيره فهو متعد ويضمن ما تلف به لا أعلم فيه خلافاً.

فصل: وإذا بالت دابته في طريق فزلق به حيوان فمات به فقال أصحابنا على صاحب الدابة الضمان إذا كان راكباً لها أو قائداً أو سائقاً لها لأنه تلف حصل من جهة دابته التي يده عليها فأشبه ما لو جنت بيدها أو فمها وقياس المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك لأنه لا يد له على ذلك ولا يمكن التحرر منه فلم يضمن ما تلف به كما لو أتلف برجلها وكما لو لم يكن له يد عليها ويفارق هذا ما أتلفت بيدها وفمها لأنه يمكنه حفظهما.

فصل: وإذا وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجراً فرمته الريح على إنسان فقتله أو شيء أتلفه لم يضمن لأن ذلك من غير فعله ووضعه له كان في ملكه ويحتمل أن يضمن إذا وضعها متطرفة لأنه نسب إلى إلقائها وتعدى بوضعها فأشبه من بنى حائطه مائلاً.

فصل: وإن سلم ولده الصغير إلى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقلة السابح لأنه سلمه إليه ليحتاط في حفظه فإذا غرق نسبب إلى التفريط في حفظه: وقال القاضي قياس المذهب أن لا يضمنه لأنه فعل ما جرت العادة به لمصلحته فلم يضمن ما تلف به كما إذا ضرب المعلم الصبي ضرباً معتاداً فتلف به. فأما الكبير إذا غرق فليس على السابح شيء إذا لم يفرط لأن الكبير في يد نفسه لا ينسب التفريط في هلاكه إلى غيره.

فصل: وإذا طلب إنساناً بسيف مشهور فهرب منه فتلف في هربه ضمنه سواء وقع من شاهق أو انخسف به سقف أو خر في بئر أو لقيه سبع فافترسه أو غرق في ماء أواحترق بنار وسواء كان المطلوب صبياً أو كبيراً أعمى أو بصيراً عاقلاً أو مجنوناً، وقال الشافعي لا يضمن البالغ العاقل البصير إلا أن يخسف به سقف فإن فيه وفي الصغير والمجنون والأعمى قولان لأنه هلك بفعل نفسه فلم يضمنه الطالب كما لو لم يطلبه.

ولنا: إنه هلك بسبب عدوانه فضمنه كما لو حفر له بئراً أو نصب سكيناً أو سم طعامه ووضعه في منزله وما ذكره يبطل بهذه الأصول، ولأنه تسبب إلى إهلاكه فأشبه ما لو انخسف من تحته سقف أو كان صغيراً أو مجنوناً، وإن طلبه بشيء يخيفه به كالليث ونحوه فحكمه حكم ما لو طلبه بسيف مشهور لأنه في معناه.

فصل: ولو شهر سيفاً في وجه إنسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله فعليه ديته، وإن صاح بصبي أو مجنون صيحة شديدة فخر من سطح أو نحوه فمات أو ذهب عقله، أو تغفل عاقلاً فصاح به فأصابه ذلك فعليه ديته تحملها العاقلة فإن فعل ذلك عمداً فهو شبه عمد وإلا فهو خطأ ووافق الشافعي في الصبي وله في البالغ قولان. ولنا إنه سبب إتلافه فضمنه كالصبي.

فصل: وإن قدم إنساناً إلى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد فضمانه على عاقله الذي قدمه لأنه الرامي كالحافر والذي قدمه كالدافع فكان الضمان على عاقلته، وإن عمد الرامي رميه فالضمان عليه لأنه مباشر وذاك متسبب فأشبه الممسك والقاتل وإن لم يقدمه أحد فالضمان على الرامي وتحمله عاقلته إن كان خطأ لأنه قتله.

فصل: وإن شهد رجلان على رجل بجرح أو قتل أو سرقة قد توجب القطع أو زنا يوجب الرجم أو الجلد ونحو ذلك فاقتص منه أو قطع بالسرقة أو حد فأفضى إلى تلفه ثم رجعا عن الشهادة لزمهما ضمان ما تلف بشهادتهما كالشريكين في الفعل ويكون الضمان في مالهما لا تحمله عاقلتهما لأنها لا تحمل اعترافاً وهذا يثبت باعترافهما.

وقد روي عن علي رضي الله عنه أن شاهدين شهدا عنده على رجل بالسرقة فقطعه ثم أتيا بآخر فقالا يا أمير المؤمنين ليس ذاك السارق إنما هذا هو السارق فأغرمهما دية الأول وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ولم يقبل قولهما في الثاني. وإن أكره رجل رجلاً على قتل إنسان فقتله فصار الأمر إلى الدية فهي عليهما لأنهما كالشريكين ولهذا وجب القصاص عليهما، ولو أكره رجل امرأة فزنى بها فحملت فماتت من الولادة ضمنها لأنها ماتت بسبب فعله وتحملها العاقلة إلا أن لا يثبت ذلك إلا[1] باعترافه فتكون الدية عليه لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً.

فصل: إذا بعث السلطان إلى امرأة ليحضرها فأسقطت جنيناً ميتاً ضمنه لما روي أن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت يا ويلها ما لها ولعمر فبينما هي في الطريق إذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولداً فصاح الصبي صيحتين ثم مات فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب وصمت علي فأقبل عليه عمر فقال ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك إن ديته عليك لأنك أفزعتها فألقته فقال عمر أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك، ولو فزعت المرأة فماتت لوجبت ديتها أيضاً ووافق الشافعي في ضمان الجنين وقال لا تضمن المرأة لأن ذلك ليس بسبب إلى هلاكها في العادة.

ولنا: إنها نفس هلكت بإرساله إليها فضمنها كجنينها أو نفس هلكت بسببه فغرمها كما لو ضربها فماتت وقوله إنه ليس بسبب عادة قلنا ليس كذلك فإنه سبب للإسقاط والإسقاط سبب للهلاك عادة ثم لا يتعين في الضمان كونه سبباً معتاداً فإن الضربة والضربتين بالسوط ليست سبباً للهلاك في العادة ومتى أفضت إليه وجب الضمان، وأن استعدى إنسان على امرأة فألقت جنينها أو ماتت فزعاً فعلى عاقلة المستعدي الضمان إن كان ظالماً لها وإن كانت هي الظالمة فأحضرها عند الحاكم فينبغي أن لا يضمنها لأنها سبب إحضارها بظلمها فلا يضمنها غيرها ولأنه استوفي حقه فلم يضمن ما تلف به كالقصاص ويضمن جنينها لأنه تلف بفعله فأشبه ما لو اقتص منها.

فصل: ومن أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك أو هلكت بهيمته فعليه ضمان ما تلف به لأنه سبب هلاكه وإن اضطر إلى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك ولأنه إذا اضطر إليه صار أحق به ممن هو في يده وله أخذه قهراً فإذا منعه إياه تسبب إلى إهلاكه بمنعه ما يستحقه فلزمه ضمانه كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك، وظاهر كلام أحمد أن الدية في ماله لأنه تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالباً، وقال القاضي تكون على عاقلته لأن هذا لا يوجب القصاص فيكون شبه العمد، وإن لم يطلبه منه لم يضمنه لأنه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل تسبب به إلى هلاكه وكذلك كل من رأى إنساناً في مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه وقد أساء، وقال أبو الخطاب قياس المسألة الأولى وجوب ضمانه لأنه لم ينجه من الهلاك مع إمكانه فيضمنه كما لو منعه الطعام والشراب.

ولنا: إنه لم يهلكه ولم يكن سبباً في هلاكه فلم يضمنه كما لو لم يعلم بحاله، وقياس هذا على هذه المسألة غير صحيح لأنه في المسألة منعه منعاً كان سبباً في هلاكه فضمنه بفعله الذي تعدى به وها هنا لم يفعل شيئاً يكون سبباً.

فصل: ومن ضرب إنساناً حتى أحدث فإن عثمان رضي الله عنه قضى فيه بثلث الدية، وقال أحمد لا أعرف شيئاً يدفعه وبه قال إسحاق وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا شيء فيه لأن الدية إنما تجب لإتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جمال وليس ها هنا شيء من ذلك، وهذا هو القياس وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث لقضية عثمان لأنها في مظنة الشهرة ولم ينقل خلافها فيكون إجماعاً ولأن قضاء الصحابي بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف وسواء كان الحدث ريحاً أو غائطاً أو بولاً وكذلك الحكم فيما إذا أفزعه حتى أحدث.

فصل: إذا ادعى القاتل أن المقتول كان عبداً أو ضرب ملفوفاً فقده أو ألقى عليه حائطاً أو ادعى أنه كان ميتاً وأنكر وليه ذلك فالقول قول الولي مع يمينه وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر القول قول الجاني لأن الأصل براءة ذمته وما ادعاه محتمل فلا يزول عن اليقين بالشك.

ولنا: إن الأصل حياة المجني عليه وحريته فيجب الحكم ببقائه كما لو قتل من كان مسلماً وادعى أنه ارتد قبل قتله وبهذا يبطل ما ذكره، وهكذا لو قتل في دار الإسلام إنساناً وادعى أنه كان كافراً وأنكر وليه فالقول قول الولي لأن الدار دار الإسلام ولذلك حكمنا بإسلام لقيطها، وإن قطع عضواً وادعى شلله أو قلع عيناً وادعى عماها وأنكر الولي فالقول قول المجني عليه لأن الأصل السلامة وكذلك لو قطع ساعداً وادعى أنه لم يكن عليه كف أو قطع ساقاً وادعى أنه لم يكن لها قدم، وقال القاضي إن اتفقا على أنه كان بصيراً فالقول قول المجني عليه وإلا فالقول قول الجاني وهذا مذهب الشافعي وكذلك على قياسه إذا اختلفا في شلل العضو لأن هذا مما

لايتعذر إقامة البينة عليه فإنه لا يخفى على أهله وجيرانه ومعاملته، وصفة تحمل الشهادة عليه أنه كان يتبع الشخص بصره ويتوقى ما يتوقاه البصير ويتجنب البئر وأشباهه في طريقه ويعدل في العطفات خلف من يطلبه.

ولنا: إن الأصل السلامة فكان القول قول من يدعيه كما لو اختلفا في إسلام المقتول وحياته وقولهم لا تتعذر إقامة البينة عليه قلنا وكذلك لا تتعذر إقامة البينة على ما يدعيه الجاني فإيجابها عليه أولى من إيجابها على من يشهد له الأصل ثم يبطل بسائر المواضع التي سلموها، فإن قالوا ها هنا ما ثبت أن الأصل وجود البصر قلنا الظاهر يقوم مقام الأصل ولهذا رجحنا قول من يدعي حريته وإسلامه.

فصل: وإن زاد في القصاص من الجراح وقال إنما حصلت الزيادة باضطرابه وأنكر المجني عليه ففيه وجهان: **أحدهما**: القول قول المقتص منه لأن الأصل عدم الاضطراب ووجوب الضمان. **والثاني**: القول قول المقتص لأن الأصل براءة ذمته وما يدعيه محتمل، والأول أصح فإن الجرح سبب وجوب الضمان وما يدعيه من الاضطراب المانع من ثبوت حكمه الأصل عدمه فالقول قول من ينفيه كما لو جرح رجلاً وادعى أنه جرحه دفعاً عن نفسه أو قتله وادعى أنه وجده مع أهله أو قتل بهيمة وادعى أنها صالت عليه.

[تم بحمد الله الجزء السابع ويليه الجزء الثامن أوله باب ديات الجراح]

فهرس الجزء السابع
من المغني

فهـرس الجزء السابع
من المغني